

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“LOS DELITOS DE TENENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUA-
TORIANA”**

RAMIRO OLIVO PALMA

DIRECTOR: DOCTOR JAIME FLOR RUBIANES

Quito, 2012

DEDICATORIA

A mis padres, Ramiro y Elizabeth.

A mis abuelitos, Willie y Maru.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
1. CAPÍTULO UNO. LOS DELITOS DE TENENCIA	3
1.1 EL DELITO	3
1.1.1 El Acto	4
1.1.2 La Tipicidad	5
1.1.3 La Antijuridicidad	5
1.1.3.1 Las Causas de Justificación	6
1.1.4 La Culpabilidad	6
1.2 EL BIEN JURÍDICO	7
1.2.1 Tendencia Trascendentalista	7
1.2.2 Concepción Inmanentista	8
1.2.3 Tendencia Político-Criminal	8
1.2.4 Posición Dinámico-Crítica	9
1.2.5 Bienes Jurídicos Individuales	10
1.2.6 Bienes Jurídicos Colectivos	10
1.3 DELITOS DE DAÑO Y DELITOS DE PELIGRO	10
1.3.1 Delitos de Daño	11
1.3.2 Delitos de Peligro	11
1.3.2.1 El Iter Criminis y los Delitos de Peligro	13
1.3.2.1.1 La Fase Interna	13
1.3.2.1.2 Las resoluciones manifestadas	13
1.3.2.1.3 La Fase Externa	14
1.3.2.1.4 La Tentativa	15
1.3.3 Delitos de Peligro Concreto y Abstracto	15
1.3.3.1 Delitos de Peligro Concreto	16

1.3.3.2 Delitos de Peligro Abstracto	18
1.4 LOS DELITOS DE TENENCIA	19
1.4.1 Los delitos de tenencia como delitos de peligro	23
2. CAPÍTULO DOS. TIPOS DE DELITOS DE TENENCIA Y VALORACIÓN	
JURÍDICA	25
2.1 LEGISLACIÓN NACIONAL	25
2.1.1 Tenencia no autorizada de armas de fuego	25
2.1.2 Tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	29
2.1.3 Tenencia de animales peligrosos	30
2.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	36
2.2.1 Tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	36
2.2.2 Tenencia de pornografía infantil	37
2.2.3 Tenencia de animales peligrosos	40
2.3 VALORACIÓN AUTÓNOMA DE LOS DELITOS DE TENENCIA	42
2.3.1 Tenencia no autorizada de armas de fuego	43
2.3.1.1 Tenencia de un arma de fuego idónea	46
2.3.2 Tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	47
2.3.3 Tenencia de pornografía infantil	56
2.3.3.1 Ausencia de tipificación de la tenencia de pornografía infantil en el Ecuador	59
2.3.4 Tenencia de animales peligrosos	60
2.4 DIFERENCIACIÓN DEL DAÑO QUE PRODUCEN LOS DELITOS DE TENENCIA	61
3. CAPÍTULO TRES. PROTECCIÓN SOCIAL	64
3.1 NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN	64
3.1.1 Cuándo prohibir	66
3.1.1.1 El principio de intervención mínima	69
3.1.2 Cómo prohibir	72
3.1.3 Tipificación de la tenencia no autorizada de armas de fuego	73

3.1.4 Tipificación de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	75
3.1.5 Tipificación de la tenencia de pornografía infantil	75
3.1.6 Tipificación de la tenencia de animales peligrosos	77
4. CONCLUSIONES	77
ANEXO	81

RESUMEN

El tema de la presente investigación es “Los delitos de tenencia en la legislación ecuatoriana”.

El Derecho Penal recoge entre sus clasificaciones a los delitos de peligro abstracto, dentro de los cuales se encuentran los llamados delitos de tenencia, mismos sobre los cuales se ha despertado una discusión doctrinaria al ser infracciones en las que la simple posesión de objetos determinados constituye un delito.

Resulta complejo entender como la mera tenencia de algo que en sí no perjudica a nadie recibe la categorización de un delito consumado.

El Derecho Penal sanciona acciones u omisiones, mismas que se caracterizan por ser voluntarias, donde un hacer o no hacer lesiona un bien jurídico protegido.

En el caso de los delitos de tenencia, se sanciona “tener” algo, verbo que parecería expresar una actividad. No obstante, dentro del uso lingüístico del mismo es posible entenderlo de otras formas.

Sin perjuicio de lo anotado, el legislador al incriminar el “tener” algo, aparentemente ha concebido a la tenencia como una forma de actuar.

Las infracciones que se revisarán en el presente estudio son la tenencia de armas de fuego, de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de pornografía infantil y de animales peligrosos.

Los delitos de tenencia citados en el párrafo precedente deben recibir una valoración diferente en atención a lo que se posee. Resulta distinto detentar una pistola calibre treinta y ocho que un gramo de marihuana; y, el daño que recibirá la sociedad (de recibirlo) variará si nos encontramos en la esfera de la tenencia o la abandonamos y estos ilícitos se convierten en un delito de daño por una acción futura que se realizare.

La tipificación de los “delitos de tenencia” atendiendo a los principios del Derecho Penal es un tema a ser revisado, mismo sobre el cual se determinará la conveniencia o no de introducir o mantener estos tipos penales en la legislación ecuatoriana.

Los aportes de la investigación, basados en la revisión de textos y legislación, tanto nacionales como internacionales, se han plasmado en la introducción de nuevas ideas respecto a lo que es la tenencia en general, los delitos de tenencia, la valoración autónoma de los mismos, su tipificación, la necesidad o no de su introducción dentro de la legislación penal, cómo y cuándo prohibirlos en base a los principios del Derecho Penal y la diferenciación de daño que los mismos producen.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Penal, rama pública del Derecho que tiene entre sus finalidades la protección de la sociedad y entre sus facultades la de castigar a las personas con penas privativas de la libertad o sanciones pecuniarias, recoge entre sus clasificaciones doctrinarias de delitos la diferenciación de los tipos de lesión y tipos de peligro. La distinción entre estos ilícitos radica en el daño que recibe el bien jurídico protegido ocasionado por los primeros y la puesta en peligro ocasionada a éste por los segundos.

A su vez, el peligro presenta una subdivisión en delitos de peligro concreto y peligro abstracto donde la diferencia se torna un poco más compleja y reside en la efectiva puesta en peligro en el acto concreto frente a la incriminación de una conducta “peligrosa” de manera abstracta.

Dentro de los tipos de peligro abstracto tenemos a los llamados “delitos de tenencia” infracciones que, de acuerdo al profesor Roxin, se vienen discutiendo en Alemania alrededor de quince años atrás. En éstas constituye delito la simple posesión de objetos determinados.

El término delitos de tenencia no es de uso corriente y éstos hasta el momento no han sido clasificados dentro de una categoría independiente por la doctrina.

A primera vista resulta complicado entender porqué la mera tenencia de algo que en ese estado no perjudica a nadie recibe la categorización de un delito consumado. El profesor Eberhard Struensee ha calificado a estas infracciones como un “traspié legislativo”.

El Derecho Penal sanciona acciones u omisiones. Las primeras se plasman con una exteriorización de un movimiento corporal, guiado por la voluntad de un sujeto específico con un fin determinado. Las segundas constituyen un no hacer voluntario respecto de algo que debía haberse hecho cuya consecuencia lesiona un bien jurídico protegido

La “conducta” que se castiga en estos tipos penales es el “tener” algo. No obstante, corresponde determinar el alcance de la palabra tener y sus sinónimos.

Tener es un verbo que parecería expresar una actividad. Sin embargo, podemos afirmar que dentro del uso lingüístico del mismo es posible entenderlo de, entre otras, las siguientes formas:

A tiene una casa grande, B tiene un perro negro, C tiene un gran sentido del humor, D tiene un conocimiento extenso del Derecho, E tiene una fuerte relación amorosa con F, etcétera.

Dentro de la legislación ecuatoriana, sin referirnos a los delitos de tenencia, encontramos referencias a la palabra en análisis tales como:

La posesión es la **tenencia** de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se de por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. (Artículo 715 del Código Civil);

El que tenga o crea **tener** interés en la sucesión de una persona, puede solicitar del juez que ordene la exhibición del testamento cerrado de aquella persona, sea quien fuere el individuo que lo conserve (Artículo 620 del Código de Procedimiento Civil).

Sin perjuicio de lo anotado, el legislador al incriminar el “tener” algo, aparentemente ha concebido a la tenencia como una forma de actuar, interrogante que será analizada en el desarrollo de la investigación.

Dentro de los ilícitos que se revisarán en el trabajo desarrollado a continuación están la tenencia de armas de fuego, de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de pornografía infantil y de animales peligrosos.

Se realizará un estudio de estos casos, en los que se somete a una pena la tenencia de algo sin que se desprenda un futuro empleo de la misma, se presentarán algunas posibilidades sobre la posesión; y, de forma sucinta, se revisarán las consecuencias de estos tipos penales si abandonaren la esfera de la tenencia y se convirtieren en delitos de daño.

Del mismo modo y atendiendo a los principios del Derecho Penal, también se elaborará un análisis de la tipificación de los “delitos de tenencia”.

Indiscutiblemente, como delitos de peligro abstracto o si mutaren en delitos de daño, los resultados de éste tipo de ilícitos serán diferentes. En consecuencia, y pese a que la

consumación de los mismos se da al poseer algo prohibido, su valoración debe ser distinta dependiendo de lo que se tenga.

Cuándo y cómo prohibir son dos preguntas a ser consideradas por el legislador en forma previa a la introducción de este tipo de delitos dentro de la legislación positiva ecuatoriana.

CAPÍTULO UNO. LOS DELITOS DE TENENCIA.

1.1.- EL DELITO.

En el presente tema, debemos entender con claridad el concepto de delito y sus elementos en general, para posteriormente analizar las clasificaciones que nos competen.

Santiago Mir Puig manifiesta que “El delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible”¹.

Asimismo, el profesor Ernesto Albán en su libro Manual de Derecho Penal Ecuatoriano dice que, considerando que son cuatro los elementos constitutivos del delito, es un “acto típico, antijurídico y culpable”².

Juan J. Bustos Ramírez, a su vez, en su obra Lecciones de Derecho Penal³ señala que la doctrina penal define al delito como “una acción u omisión típica, antijurídica y culpable”⁴.

Manuel López-Rey lo define como “la conducta antijurídica y culpable, descrita por la Ley, a la que esta señala una sanción pena”⁵.

¹Santiago Mir Puig. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Editorial B de f, séptima edición, 2005. Página 190.

²Ernesto Albán Gómez. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Quito, Ediciones Legales, 2007. Página 111.

³Juan Bustos Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Madrid, Editorial Trotta, 2006. Página 144.

⁴Juan Bustos Ramírez. Obra citada. Pág. 144.

⁵Manuel López-Rey. ¿Qué es el delito? Editorial Atlántida, Buenos Aires, 1947 Página 23.

De estas definiciones, se desprenden elementos comunes del delito. Estos son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, mismos que serán analizados de manera independiente:

1.1.1.- El Acto.

Es el elemento inicial del delito pues sin el mismo, no podrían existir los demás. Acto, de acuerdo al doctor Ernesto Albán, es “la conducta humana guiada por la voluntad”⁶. De lo citado se desprende que se requerirá la voluntad del sujeto para que la acción exista, la actividad de la persona guiada por su voluntad o la falta de actividad en los delitos de omisión, la conducta que responderá a lo que el ser humano quiera. Los actos involuntarios del hombre no se penan.

La manifestación del acto se puede dar de dos formas:

La acción que consigue un resultado que lesiona a un bien jurídicamente protegido por medio de una manifestación humana externa, perceptible por los sentidos. Ésta se da en la mayoría de los delitos. En palabras de Alfonso Reyes Echandía, se entiende la acción como la “ordenación de la voluntad hacia un fin y dominio de los medios que a él conducen”⁷.

La omisión que consiste en un no hacer voluntario, dejar de hacer algo que el sujeto tenía la obligación de hacer y cuya falta ha causado un resultado que perjudica un bien jurídico protegido.

Finalmente, la ausencia de acto respalda lo mencionado anteriormente sobre la voluntad como elemento de la acción ya que los movimientos corporales, aunque causen daño, si carecen de voluntad del sujeto, no se consideran actos. Por lo tanto, no llegan a ser delitos ya que el primer elemento no existe.

⁶Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 133.

⁷Alfonso Reyes Echandía. Culpabilidad. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, tercera reimpresión de la tercera edición, 1999. Página 25.

Ernesto Albán, en la obra citada, menciona cinco casos de ausencia de acto. Estos son: La fuerza física irresistible, el sueño natural, el sonambulismo, la sugestión hipnótica y los movimientos reflejos.

1.1.2.- La Tipicidad.

Después de haber analizado al acto que es el punto de partida del delito, nos corresponde revisar al tipo; es decir, la conducta dañosa que lesiona un bien jurídico protegido y que el legislador ha introducido en la legislación penal. El doctor Ernesto Albán define la tipicidad como “la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley”⁸.

Como se ha mencionado, el tipo debe estar contemplado dentro de la legislación; así, guarda relación con el principio de legalidad pues si la conducta no está regulada en la ley, simplemente no habrá delito. Con esto se garantiza que los ciudadanos conozcan que pueden y no pueden hacer.

En el campo procesal, la tipicidad deberá ser comprobada para continuar con el proceso penal. El acto deberá encajar en la conducta descrita por el legislador. Esto nos presenta un problema y es la calidad de la técnica legislativa que debe delimitar de manera clara el tipo legal y no dejarlo abierto. La tipicidad debe responder a una descripción clara y concisa que permita al juez aplicar la norma sin dificultad alguna.

1.1.3.- La Antijuridicidad.

Este tercer elemento del delito, tal como su nombre lo indica, consiste en un acto que vulnera el orden jurídico, que lesiona un derecho reconocido y protegido por el Estado.

La relación que la antijuridicidad tiene con la tipicidad es estrecha. Sin embargo, no deben confundirse. “La tipicidad es un indicio de antijuridicidad”⁹ pero esto no implica que

⁸Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 149.

⁹Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 157.

todo acto típico sea antijurídico o todo acto antijurídico sea típico. Para el análisis de la antijuridicidad, nos compete entender cuando un acto típico no es antijurídico.

1.1.3.1.- Las Causas de Justificación.

El Derecho prevé situaciones en las que un acto que por sus características resulta típico, se encuentra legitimado por el orden jurídico. Estas son las causas de justificación cuyo fundamento se basa en el “carácter valorativo del Derecho Penal”¹⁰, es decir, en la colisión de dos bienes jurídicos. En un delito se lesiona necesariamente a un bien jurídico protegido pero ¿Qué sucede cuándo para evitar esta afectación, la única alternativa es lesionar otro bien jurídico? En este caso, debe prevalecer el interés preponderante para proteger uno y desamparar otro. Consecuentemente, estos actos no se castigaran pues se estará actuando conforme a Derecho.

1.1.4.- La Culpabilidad.

La primera consideración que se debe hacer para tratar la culpabilidad es que si bien los tres elementos citados se tratan bajo un marco de objetividad, en este último elemento el criterio se vuelve subjetivo. Citando el criterio del doctor Ernesto Albán consiste en “el análisis de la voluntad que dirige el acto del sujeto activo”¹¹. Asimismo, el profesor Juan Bustos refiriéndose a la culpabilidad señala que es “la capacidad del Estado para exigir al sujeto responsabilidad por ese hecho”¹² refiriéndose con ese hecho al ilícito que se ha cometido. El sujeto que comete el ilícito, entiende que éste se encuentra prohibido por la ley y que su desobediencia traerá consigo una sanción penal. Sin embargo, “estando obligado a actuar conforme a derecho y pudiendo hacerlo, se comportó ilícitamente”¹³

¹⁰Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 158.

¹¹Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 183.

¹²Juan Bustos. Obra citada. Página 145.

¹³Alfonso Reyes Echandía. Obra citada. Página 25.

1.2.- EL BIEN JURÍDICO.

Después de haber analizado la concepción de delito y los elementos que lo conforman, es oportuno revisar sucintamente (por no ser tema principal de esta investigación) el bien jurídico y entender el porqué de su protección.

Francisco Muñoz Conde¹⁴ considera que los bienes jurídicos son los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social.

El legislador, al considerar necesaria la protección de ciertos intereses de la sociedad, individuales o colectivos, los introduce dentro de la legislación penal para resguardarlos. Estos son los llamados bienes jurídicos que consisten en el “objeto protegido por el sistema penal”¹⁵ o el “concreto objeto de protección de una norma penal”¹⁶.

La misión que tiene el Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos y esta función es “la que le otorga legitimidad para imponer castigos o adoptar medidas de protección, que siempre importan restricciones serias a las libertades individuales”¹⁷.

Es así que, el legislador penal no tiene libertad absoluta para sancionar cualquier conducta. Debe realizar un análisis de la misma y determinar si ésta lesiona de algún modo un bien jurídico o al menos lo pone en peligro.

El profesor Garrido Montt se refiere a cuatro posiciones respecto al tema en análisis que revisaremos a continuación:

1.2.1.- Tendencia Trascendentalista.

De acuerdo a esta corriente, los bienes jurídicos “preexisten a la norma penal y son creaciones de la vida (orden social). Se refieren tanto al individuo como a la sociedad (colectivos), y al ser recogidos por la ley –no creados- adquieren la calidad de jurídicos”¹⁸.

¹⁴Francisco Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial B de F, segunda edición, 2001. Página 91.

¹⁵Juan Bustos Ramírez. Derecho Penal Parte General. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, edición 2008. Página 495.

¹⁶Juan Bustos Ramírez. Obra citada. Página 576.

¹⁷Mario Garrido Montt. Derecho Penal Tomo 1. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001. Página 63.

¹⁸Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 65.

1.2.2.- Concepción Inmanentista.

En esta tendencia, los bienes jurídicos “subyacen en la norma jurídica, siendo ésta la que los determina y consagra. El Estado es el creador de las normas, de manera que a su vez es el creador de los bienes jurídicos”¹⁹.

1.2.3.- Tendencia Político-Criminal.

Fundamentada en la tendencia trascendentalista, a su vez presenta las corrientes constitucional y sociológica.

La primera se interesa más que en precisar el origen de los bienes jurídicos en establecer los límites del ius puniendi que los encuentra en los derechos fundamentales que el Derecho Penal debe respetar. “Esos derechos constituyen los intereses (bienes) jurídicos que debe respetar el ordenamiento penal y orientarían la interpretación de la ley represiva como la determinación de los bienes que éstas amparan”²⁰

La segunda amparada en la tendencia funcionalista, considera a:

Los bienes jurídicos como limitadores de la facultad de castigar, pero lo entiende en un contexto políticocriminal liberalizador, en el que deben calificarse como tales únicamente las “condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afectan las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”, esos bienes serían condiciones sociales básicas que permiten a los hombres participar en el sistema.

No obstante lo expuesto, consideramos pertinente realizar un análisis distinto del bien jurídico protegido desde la óptica de la política criminal.

El profesor Franz von Liszt en su obra *La idea de fin en el Derecho Penal*²¹ nos indica que los bienes jurídicos protegidos son intereses protegidos por una pena. Sin embargo, a esta afirmación se presentan varias interrogantes como su por qué y la manera de realización de esta protección.

¹⁹Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 65.

²⁰Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 66.

²¹Franz von Liszt. *La idea de fin en el Derecho Penal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Reimpresión. Página 108.

Al respecto, el autor menciona que “Debemos examinar el delito como fenómeno social y la pena como función social, si queremos comprobar con exactitud científica su eficacia protectora de bienes jurídicos y su eficacia disuasiva de la delincuencia”.

Para esto, es necesario tener una estadística criminal basta y ordenada que arroje datos precisos y claros que permitan analizarla y realizar un estudio profundo de la misma.

En este sentido compartimos el criterio que “una incriminación bien orientada es la mejor alternativa dentro de la orientación de la política criminal en general”²².

Bajo esta premisa, consideramos a la política criminal como un instrumento esencial para la creación, existencia o eliminación de bienes jurídicos protegidos.

1.2.4.- Posición Dinámico-Crítica.

El bien jurídico es un instituto cambiante, “un elemento legitimador de la intervención del Estado y garantía de los derechos del individuo”²³

Bajo esta línea, es importante reflexionar que la norma penal regula comportamientos que causan una lesión o una puesta en peligro a la comunidad. Esta lesión o riesgo proviene únicamente de las personas. En este sentido, los bienes jurídicos son “relaciones sociales concretas, esto es, relaciones entre personas que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma”²⁴.

Estas relaciones entre personas provienen de la vida social, de la convivencia diaria entre personas y por esta razón el bien jurídico tiene un “carácter dinámico”²⁵. Esta característica implica que debe estar en constante revisión pues habrá conductas que requerirán ser introducidas o eliminadas como respuesta a los cambios sociales que sobrevengan.

Para los fines de la investigación, debemos revisar la diferencia entre bienes jurídicos individuales y colectivos o comunitarios.

²² Pilar Sacoto de Merlyn. “La Política Criminal en el Ecuador: Ideas y Reflexiones”. Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento. Quito, 1995. Página 207.

²³ Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 67.

²⁴ Juan Bustos Ramírez. Obra citada. Página 497.

²⁵ Juan Bustos Ramírez. Obra citada. Página 496.

1.2.1.- Bienes Jurídicos Individuales.

La vida y la libertad sexual por ejemplo son bienes jurídicos individuales en vista que afectan directamente a la persona individual.

El goce de los mismos le corresponde a alguien en particular, el dueño de su vida o integridad persona.

El titular de los mismos es un sujeto específico quien, con la comisión de un delito en particular, puede apreciar el menoscabo de sus derechos.

1.2.2.- Bienes Jurídicos Colectivos.

La salud pública y la seguridad pública por ejemplo son bienes jurídicos colectivos ya que afectan a la comunidad, al grupo de varias personas que mantienen un orden social.

Estos bienes jurídicos pueden ser disfrutados por cada uno de los miembros de la sociedad. No se puede excluir a un ciudadano de su goce y tampoco se podría hablar de un desgaste del mismo por el uso de varias personas.

En el presente trabajo, nos interesan especialmente los bienes jurídicos colectivos ya que, de acuerdo al criterio legislativo, los delitos de tenencia los ponen en peligro.

1.3.- DELITOS DE DAÑO Y DELITOS DE PELIGRO.

De las clasificaciones del delito existentes en la doctrina, en virtud del presente estudio, nos referiremos únicamente a éstas, que se basan en los efectos del delito, para diferenciar el daño del peligro y enmarcar a los delitos de tenencia en una de estas clasificaciones.

1.3.1.- Delitos de Daño.

El nombre indica la referencia que se hace en esta clasificación. El daño que se causa en el bien jurídico protegido es real, es efectivo. Por ejemplo, en el caso de violación, el daño lo recibe una persona determinada cuyo derecho a la libertad sexual resultará lesionado. En estos delitos se “requiere para su consumación la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico tutelado”²⁶. A simple vista, este tipo de infracciones resultan fáciles de comprender ya que la mayoría de los delitos se encajan en las mismas, como por ejemplo el asesinato o las lesiones. Para explicarlo de mejor manera, se vulnera por medio de la acción delictiva el bien jurídico protegido sea de manera temporal o irreversible.

1.3.2.- Delitos de Peligro.

A diferencia del resultado concreto mencionado en los delitos de daño, en los delitos de peligro se habla de una “amenaza general que pone en riesgo bienes jurídicos cuyo titular es su conjunto”²⁷. Se pone en peligro un bien jurídico tutelado; y, de acuerdo al doctor Pedro Pabón, el legislador “incrimina la conducta antes de la efectiva violación del interés protegido”²⁸. Además, Francisco Muñoz Conde, habla de un “juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca”²⁹. Este referido juicio se debe realizar antes de que se cometa el ilícito para que al menos exista una amenaza a la comunidad, un riesgo real y efectivo ocasionado por una conducta que se realice. Sin embargo, con posterioridad a la acción mencionada si el resultado no ha sido lesivo para la sociedad, podríamos decir que el peligro desapareció o incluso que nunca existió. En este sentido, David Baigún³⁰ diferencia a los delitos de daño con los de peligro refiriéndose al resultado ya que si se produjo la destrucción de un bien jurídico protegido, de manera total o parcial, estaríamos frente a un delito de daño. Mientras que, si únicamente se alcanzó la posibilidad de produ-

²⁶Roberto Atilio Falcone. “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III. Buenos Aires Argentina, 2008. Página 255.

²⁷Ernesto Albán Gómez. Obra citada. Página 129.

²⁸Pedro Pabón. Manual de Derecho Penal. Parte General-Parte Especial. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, sexta edición, 2003. Página 213.

²⁹Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A, 1999. Página 67.

³⁰David Baigún. Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Buenos Aires, Editorial B de f, 2007. Página 2.

cirlo, hablamos de un delito de peligro. Esta amenaza plantea dos interrogantes ¿Qué sucede si produjo un daño efectivo? Y ¿Qué ocurre si no paso de ser una posibilidad?

En referencia a la primera pregunta hablaríamos de una lesión efectiva cuyo inicio se plasmo en la amenaza que generó la conducta entendida como peligrosa. Sin embargo, ya no nos estaríamos refiriendo a un delito de peligro pues la lesión es real y entraríamos al campo de los delitos de daño

Con respecto a la segunda interrogante, si esta amenaza no dejo de ser tal nos encontramos frente a un delito de peligro. En este punto se debe considerar cuán necesario es que esta amenaza sea castigada por el Derecho Penal y cuál es el grado de daño que la sociedad recibió por la misma.

El Derecho Penal mínimo, tratado por Juan Carlos Carbonell³¹, hace referencia a una intervención ínfima del Estado con el fin de que las libertades se consigan en su mayor posibilidad. El ius puniendi debe ser utilizado de acuerdo al principio de intervención mínima “para recordar que sólo cuando es absolutamente necesario debe recurrir al Derecho Penal”³². Desde este punto de vista, la simple amenaza producida por los delitos de peligro no debería ser considerada dentro de la legislación penal ya que éste se debe usar para castigar conductas que la sociedad no pueda tolerar. Además, el principio de proporcionalidad³³ que hace referencia a la ponderación que se debe realizar entre la gravedad de la conducta y la sanción de la misma, no justificaría un castigo a una amenaza que no se plasmó en una afectación social. Juan Bustos Ramírez³⁴ manifiesta que “lo valioso para el derecho reside en los bienes dignos de tutela, el peligro para el derecho no puede ser extendido más allá del riesgo (y amenaza) para los bienes valiosos socialmente”. A su juicio, el fundamento teleológico de los delitos de peligro es “la prevención de males para bienes dignos de tutela”³⁵. Del texto citado, se concluye que los delitos de peligro afectan a la sociedad en el momento en que el peligro desaparece e ingresa en la esfera del daño. Allí no hablaríamos más de delitos de peligro sino de lesión y los primeros habrían desaparecido.

³¹Juan Carlos Carbonell. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, tercera edición, 1999. Páginas 202, 203 y 204.

³²Juan Carlos Carbonell. Obra citada. Página 203.

³³Juan Carlos Carbonell. Obra citada. Páginas 210 y 211.

³⁴Juan Bustos Ramírez. Control Social y otros cambios. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, edición 2008. Página 273.

³⁵Juan Bustos Ramírez. Obra citada. Página 273.

Sería diferente si se tratara a estos delitos como una fase del Iter criminis. A continuación estudiaremos las mismas para comprobar si se puede o no considerarlos como tal.

1.3.2.1. El Iter Criminis y los Delitos de Peligro.

1.3.2.1.1.- La Fase Interna.

Este período no tiene una duración determinada ya que dependerá del sujeto que planea el delito. No tiene relevancia cuán atroz es el acto que una persona está pensando realizar pues si éste no salió de su pensamiento, si no hubo una manifestación externa, no tendrá relevancia para el Derecho Penal. De manera acertada el doctor Ernesto Albán³⁶ cita lo siguiente “el pensamiento no delinque” dejando claro que esta fase no tendría relevancia penal mientras se quede como tal.

Los delitos de peligro no pueden ser parte de la fase interna ya que en ellos existe una exteriorización que precisamente es la puesta en peligro de la sociedad por la “conducta peligrosa” que se traduce en la tenencia.

1.3.2.1.2.- Las resoluciones manifestadas.

El doctor Ernesto Albán³⁷ citando al profesor Jiménez de Asua se refiere a las resoluciones manifiestas que consisten en un período intermedio entre la fase interna y la externa. Según el primer autor mencionado, lo característico de las resoluciones manifestadas es que son puramente verbales más no materiales. Han salido ya de la fase interna pues se exteriorizan pero no llegan a la externa ya que no existe una amenaza material. Las principales son:

- La proposición, que se compone de la resolución de la persona a cometer un delito y la propuesta a un tercero para que participe en el mismo.

³⁶Ernesto Albán. Obra citada. Página 214.

³⁷Ernesto Albán. Obra citada. Página 215.

- La conspiración, cuyos componentes son un nexo de voluntad entre dos o más sujetos que finalice con una decisión conjunta y que este nexo exista para la ejecución de un determinado delito.

Si tanto la proposición como la conspiración son netamente verbales, no se pueden equiparar a los delitos de peligro ya que éstos consisten por definición en un acto. Por todo esto, se descarta que se los considere como resoluciones manifestadas.

1.3.2.1.3.- La Fase Externa.

Cuando el sujeto al continuar con el camino del delito, empieza a materializar su comportamiento por medio de actos externos, que se encaminan a un fin se configura la fase externa del delito que comprende los actos preparatorios y los actos de ejecución.

No existe unanimidad en la doctrina con respecto a la definición y diferenciación de los mismos.

Para realizar una distinción, una parte se refiere a la univocidad³⁸. Si un acto es equivoco, es decir permite varias interpretaciones y una de estas es lícita, se consideraría un acto preparatorio sin ser punible. Mientras que, si es un acto univoco y se puede interpretar de una sola manera, estaríamos hablando de un acto de ejecución.

Otra considera que son actos de ejecución “aquellos que empiezan a realizar el tipo descrito en la ley”³⁹. Consecuentemente, de acuerdo a este punto, habría acto de ejecución, por ejemplo, en el robo, cuando efectivamente se empieza a robar.

Esta división nos presenta dificultad para ser analizada y ha obligado a que se combine con elementos subjetivos referentes a la voluntad del autor, a lo que efectivamente quería hacer.

El hecho de portar un arma sin el debido permiso, de acuerdo a lo analizado podría ser considerado como un acto preparatorio ya que la intención real del sujeto no se cono-

³⁸Ernesto Albán. Obra citada. Página 219.

³⁹Ernesto Albán. Obra citada. Página 220.

cería y de acuerdo a la primera teoría (un fin lícito) por ejemplo la cacería regulada, retiraría la posibilidad de punición.

Del ejemplo mencionado, nos resulta similar a la clasificación de los delitos de peligro que se está tratando. Únicamente el sujeto conoce que es lo que hará y hacia donde su voluntad está encaminada. Sin embargo, el acto preparatorio se refiere precisamente a la elaboración del camino hacia un delito determinado mientras que un delito de peligro presente una amenaza general para la sociedad sin que se pueda determinar hacia donde está encaminada.

1.3.2.1.4.- La tentativa.

Al empezar a realizarse los actos de ejecución, estamos ingresando al campo de la tentativa que abarca “un principio de ejecución, la interrupción de la ejecución y, por lo tanto, no producción del resultado y la interrupción debida a causas o accidentes ajenos a la voluntad del agente”⁴⁰. Con respecto a los delitos de peligro, no se podría determinar el principio de ejecución pues no se sabe si la voluntad del autor es unívoca, puede estar o no destinada a causar un mal. Asimismo, en la interrupción de la ejecución, puede o no ser así ya que no se tiene certeza sobre lo que va a hacer, por ejemplo un tenedor de armas a quien le confiscan dicho objeto, sin tener evidencia de lo que pretendía hacer. No es descartable que la llevaba de algún lugar a otro por ejemplo para destruirla o desecharla.

Finalmente, las causas ajenas a la voluntad del sujeto podrían presentarse, por ejemplo en el mismo caso del tenedor de armas, si un agente de policía lo detiene, se configura una causa ajena. Sin embargo, los dos elementos anteriores no se presentan así que no se puede equiparar la tentativa con un delito de peligro.

1.3.3.- Delitos de Peligro Concreto y Abstracto.

La división recogida por la doctrina referente a los delitos de peligro los clasifica en delitos de peligro concreto y peligro abstracto.

⁴⁰Ernesto Albán. Obra citada. Página 222.

1.3.3.1.- Delitos de Peligro Concreto.

Estos tipos penales “requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo”⁴¹. De este tipo de delitos el profesor Roxin explica que el caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario, en el que, además de las peligrosas formas de conducción se requiere adicionalmente que de ese modo sean "puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor".

En palabras de Roberto Atilio Falcone, “la ley requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado, el peligro concreto es el resultado típico”⁴². Es decir, se necesita una especie de cercanía a la efectiva vulneración. Que “la acción haya estado a punto de causar un lesión a un bien jurídico determinado”⁴³.

El doctor Pedro Pabón corrobora lo expuesto y afirma que se necesita que la conducta de los individuos “entrañe efectiva amenaza al bien jurídico tutelado”⁴⁴.

Tenemos también el criterio del profesor Edgardo Donna⁴⁵ quien expresa que:

Los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, con la única diferencia con los delitos de resultado en que en aquéllos se conforman con un resultado consistente en que el bien jurídico ha experimentado un peligro concreto de lesión, que no se ha materializado en lesión por milagro, no se sabe por qué

Para seguir con este criterio, el profesor Roxin⁴⁶ expone que son:

Delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión acabados de tratar en lo esencial no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente

En consecuencia “al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido”⁴⁷.

⁴¹ Claus Roxin. Derecho Penal Parte General Tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997. Página 404.

⁴² Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Página 255.

⁴³ Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Página 256.

⁴⁴ Pedro Pabón. Obra citada. Página 213.

⁴⁵ Edgardo Donna. Derecho Penal Parte Especial Tomo I. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni Página 232.

⁴⁶ Claus Roxin. Obra citada. Página 404.

El profesor Donna en su obra Derecho Penal Parte Especial Tomo II C refiriéndose a los delitos de peligro concreto esboza que éstos no generan un problema en la interpretación sino en lo que se entiende por peligro

El peligro es un estado objetivo en el que está el bien jurídico protegido, en consecuencia, se lo debe analizar desde el bien jurídico protegido y no desde el sujeto que lo ocasiona.

Es así que, siguiendo el criterio del profesor argentino, por peligro debe entenderse la fase que precede a la lesión y que el peligro concreto se configura cuando un comportamiento prohibido al seguir su curso hubiese causado un resultado lesivo sin que éste haya sobrevenido.

Apoya lo expuesto el doctor Enrique Bacigalupo quien refiriéndose al peligro concreto nos dice que para que se configure, el bien jurídico protegido debe haber sufrido un riesgo real a ser lesionado.

Finalmente, es conveniente exponer dos presupuestos generalmente reconocidos dentro de estos delitos pues, a criterio del profesor Roxin:

En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción

De lo expuesto y usando un ejemplo del profesor alemán que aclara el panorama, el primer presupuesto se configura si un sujeto mientras conduce aumenta deliberadamente la velocidad de su vehículo y tendría que chocar con un auto que se acerque en sentido contrario, por fortuna el segundo automóvil no se presenta en la escena y se evita el accidente.

Del ejemplo citado podemos apreciar que el sujeto se ha comportado de un modo imprudente, no obstante, no se ha configurado una puesta en peligro real y concreta al no presentarse el otro vehículo.

⁴⁷ Claus Roxin. Obra citada. Página 404.

1.3.3.2.- Delitos de peligro abstracto.

Con una idea clara del peligro concreto es necesario que se revise el peligro abstracto.

Estos delitos a su vez son “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”⁴⁸.

Roxin opina respecto a la tipificación de los mismos que “la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”⁴⁹.

El catedrático Edgardo Donna también se refiere a estos tipos penales y explica que en los casos en que, de acuerdo a la experiencia, el peligro sea más próximo, no es necesario que el mismo pertenezca al tipo. Es así que en los delitos de peligro abstracto se considera al peligro como dado con la comisión de la acción básica. El castigo lo recibe la conducta sin considerar si en el caso concreto se generó o no el peligro.

En los delitos el peligro abstracto el peligro:

No integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la ratio legis del legislador, es decir, es el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva. De modo tal que se ha considerado que, dadas las circunstancias típicas, el peligro del bien jurídico se presume iuris et de iure⁵⁰.

El profesor argentino expone que entre estos delitos se encuentran los legislados en materia de tenencia de estupefacientes.

Roberto Atilio explica que “la ley castiga una acción “típicamente peligrosa” sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido”⁵¹. En estos delitos es suficiente la peligrosidad de la conducta realizada “salvo que se pruebe que en el caso concreto quedo excluida de antemano”⁵².

⁴⁸ Claus Roxin. Obra citada. Página 407.

⁴⁹ Claus Roxin. Obra citada. Página 407.

⁵⁰ Edgardo Donna. Obra citada. Página 277.

⁵¹ Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Páginas 255 y 256.

⁵² Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Página 256.

En este sentido, Schröder ha propuesto que se admita:

La prueba en contrario de la no peligrosidad, si el tipo sirve para proteger determinados objetos concretos, en los que en el caso concreto se puede comprobar con seguridad si efectivamente han sido puestos en peligro⁵³.

1.4.- LOS DELITOS DE TENENCIA.

Después de haber analizado los delitos de peligro, nos corresponde entrar en el estudio de los llamados “Delitos de Tenencia”. Claus Roxin, en su seminario en Sevilla se ha referido a éstos como una categoría nueva de delitos que se viene discutiendo un tiempo atrás en Alemania. La idea central del profesor alemán es que “se trata de hechos punibles en los cuales se convierte en delito la mera posesión de determinados objetos”⁵⁴.

En primer lugar nos corresponde analizar el alcance de la palabra tenencia en sentido jurídico.

El profesor Eberhard Struensee se refiere a la tenencia de la siguiente manera⁵⁵:

Según la forma gramatical, "tener" es un verbo que parece expresar una actividad. Sin embargo, el uso lingüístico entiende por "tener" o "tenencia", ante todo, relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa: "A" tiene una casa, un auto, una empresa, etc. Pero la palabra "tener" puede expresar también que a una persona le corresponden determinadas propiedades o capacidades: "A" tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua alemana, un gran talento musical, buen gusto. Con la palabra "tener" también son descriptas relaciones entre personas: "A" tiene una mujer, dos hijos, una criada, pero ya no padres. Además, con ella puede ser caracterizada la estima –positiva o negativa– que se le profesa a una persona o a una cosa: "A" tiene el afecto de su familia, el respeto de sus colegas, la confianza de sus colaboradores, pocos enemigos. Todos estos significados de la palabra "tener" que han sido enumerados y a los que podrían ser añadidos todavía múltiples matices, no conciernen ni remotamente a una conducta en el sentido de la ejecución u omisión de un movimiento corporal voluntario.

⁵³Claus Roxin. Obra citada. Página 407.

⁵⁴Roxin, Claus. Los delitos de tenencia. Texto del seminario dictado en Sevilla en marzo de 2008. Página 1. Ver anexo 1.

⁵⁵Eberhard Struensee. Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1998. Página 111.

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental expresa que la tenencia es: “La mera posesión de una cosa, su ocupación corporal y actual”⁵⁶.

El código civil en su artículo 715 dice:

Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

Para los fines de la presente investigación, se considerará este concepto únicamente cuando el dueño tiene la cosa por sí mismo.

En la legislación penal no existe una definición en sí de tenencia. Sin embargo, se hace referencias como la siguiente:

La Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios en su artículo 19 dice:

Ninguna persona natural o jurídica podrá, sin la autorización respectiva, tener o portar cualquier tipo de arma de fuego. Se exceptúa de esta prohibición al Personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Policía Militar Aduanera y demás organismos estatales cuyos miembros podrán utilizarlas en forma que señalan las Leyes y Reglamentos de la Materia.

La redacción del artículo citado en relación a la persona natural es clara ya que usa la expresión “tener” como sinónimo de poseer, atesorar o detentar.

Para fines de esta investigación, se debe determinar ¿Cuál es el estado jurídico de la tenencia?

El poder punitivo sanciona acciones u omisiones. Así, el artículo 11 del Código Penal ecuatoriano dice “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”.

En función del artículo 11 citado en el párrafo precedente, es necesario determinar si la tenencia es parte de una acción, omisión o constituye un estado independiente.

⁵⁶Guillermo Cabanellas. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Editorial Heliasta, decimosexta edición, 2003. Página 379.

El profesor Ernesto Albán define a la acción como “un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso. La conducta humana guiada por la voluntad”⁵⁷.

Eberhard Struensee se refiere al tener como actuar y nos explica que⁵⁸:

Como hacer positivo, el tener debería caracterizar un movimiento corporal que es realizado con determinadas intenciones o resultados. Dado que en los delitos de tenencia se trata de casos en los que alguien tiene a disposición una cosa (peligrosa, no deseada), el "tener" como "hacer" puede presentarse en las siguientes formas: a) adquisición de la tenencia mediante una acción, por ejemplo, compra, recepción, sustracción de una cosa; b) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia que está por producirse, por ejemplo, ocultando armas ante un registro inminente o deglutiendo un recipiente con drogas; c) emplear o utilizar la cosa, por ejemplo, viajar con el auto, disparar el arma, consumir droga.

Los casos de las actividades expuestas no pueden ser caracterizados según las reglas y el significado corriente del idioma alemán, como "tener".

La tenencia es el poder de dominio que se ejerce sobre una cosa en particular sin que esto implique que se está actuando. Por ejemplo, la Ley de Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas en su artículo 3 dice:

La presente Ley abarca todo lo relativo a: (...)

3.- La tenencia, posesión, adquisición y uso de las sustancias sujetas a fiscalización, de las materias primas, insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos destinados a elaborarlas o producirlas, de sus derivados o preparados, y de la maquinaria, equipos o bienes utilizados para producirlas o mantenerlas;

4.- La oferta, venta, distribución, corretaje, suministro o entrega, bajo cualquier forma o concepto, de las sustancias sujetas a fiscalización (...).

Del artículo precedente es fácil distinguir la acción de la mera tenencia. La acción contemplada en el numeral 4 implica por ejemplo el suministro o entrega siendo esto una manifestación de la voluntad del autor al proporcionar la sustancia a otra persona. Sin em-

⁵⁷Ernesto Albán. Obra citada. Páginas 133 a 135.

⁵⁸Eberhard Struensee. Obra citada. Página 111.

bargo, en el caso de la tenencia o posesión esta corporeidad no es evidente y no se demuestra.

No existe el movimiento externo encaminado por el deseo del sujeto para que se configure su tenencia.

Ahora al referirnos a la omisión, el doctor Albán enseña que ésta es “un voluntario no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza [...] con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba”⁵⁹.

Al describir a la tenencia como omisión el profesor Struensee expone que⁶⁰:

Tener, como ejercicio del poder de hecho sobre una cosa, describe la relación de coordinación entre cosa y persona y presupone, evidentemente, que la persona no se haya deshecho de la cosa. Pero no puede ser concebido materialmente como la omisión de abandonar la tenencia.

Debe considerarse, entre otros, al artículo 249 del Código Penal ecuatoriano que textualmente dice:

El funcionario público a quien corresponda, como a tal, el cumplimiento y ejecución de una ley, reglamento u orden superior que legalmente se le comunique, no lo cumpla y ejecute, o no lo haga cumplir y ejecutar, en su caso, por morosidad, omisión o descuido, será reprimido con multa de dieciséis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Del texto citado se desprende que hablamos de una omisión pues al funcionario público le corresponde el cumplimiento y ejecución de una ley y al no hacerlo, ignora su deber de actuar.

La ley le ha impuesto realizar una conducta determinada y cuando el sujeto descarta esta obligación, está cometiendo un delito.

Así, tampoco podría considerarse a la tenencia parte de la omisión ya que no existe el mandato de deshacerse de la misma. Ésta es castigada sin preverse la posibilidad de abandonarla.

⁵⁹Ernesto Albán. Obra citada. Página 135.

⁶⁰Eberhard Struensee. Obra citada. Página 114.

Un caso excepcional a lo mencionado se configura en los artículos 373 y 374 del Código Penal cuyo texto es el siguiente:

Capítulo II

DE LA CONSERVACIÓN INDEBIDA DE EXPLOSIVOS

Art. 373.- (Sustituido por el Art. 4 de la Ley 2006-31, R.O. 231, 17-III-2006).- Prohíbese terminantemente, a los particulares tener en sus domicilios, bodegas o instalaciones de cualquier tipo materiales y explosivos que constituyan elementos de peligro para las personas y propiedades y que deben ser guardados o almacenados en lugares y sitios técnicamente adecuados.

Art. 374.- (Sustituido por el Art. 5 de la Ley 2006-31, R.O. 231, 17-III-2006).- Los que tuvieran dichas materias explosivas en domicilios, bodegas o instalaciones de cualquier tipo, están obligados a entregarlas a las autoridades militares o policiales correspondientes, se exceptúan las actividades artesanales dedicadas a la fabricación de juegos pirotécnicos y actividades mineras, siempre y cuando se encuentren almacenadas en lugares no poblados.

En los artículos mencionados se distingue la posibilidad de abandonar la tenencia. Sin embargo, allí ya no hablaríamos de un delito de tenencia ya que a más de castigarse la posesión de los elementos prohibidos, se configura un delito de omisión al no entregar las materias explosivas a las autoridades pertinentes. Por ende, la tenencia, ni dentro de este supuesto, encaja dentro de un delito de omisión.

Por lo expuesto y en atención a los conceptos y normas revisados, nuestra conclusión es que la tenencia no se encuentra dentro de la acción u omisión. En consecuencia, constituye un estado independiente de los mismos por lo que su tratamiento debe ser sui generis.

1.4.1.- Los delitos de tenencia como delitos de peligro.

Después de haber examinado el estado jurídico de la tenencia, se determinó que la misma no se enmarca dentro de una acción u omisión, ésta constituye un estado jurídico independiente.

El verbo “tener” no describe un comportamiento activo guiado por la voluntad para hacer o no hacer algo y más bien describe una relación de pertenencia entre una persona y una cosa que está dentro de su poder.

Dentro de esta acepción, los delitos de tenencia se encontrarían alejados de la manifestación de la voluntad del autor de un ilícito, sea que lo cometa por medio de un hacer o un no hacer.

Roberto Atilio Falcone citando el criterio del profesor Nestler nos explica que la posesión de un objeto no representa un peligro. “Ésta sólo resulta peligrosa en la medida que abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción riesgosa con el empleo de ese objeto”⁶¹.

Hemos revisado la clasificación de delitos de peligro abstracto y concreto y la diferencia que presenta la doctrina sobre estos tipos.

Como se ha mencionado, el peligro concreto requiere una acción que genere un peligro potencial para el bien jurídico mientras que el peligro abstracto únicamente castiga una conducta peligrosa.

En el caso de los delitos de tenencia podemos afirmar que constituyen una conducta peligrosa ya que, por ejemplo, al tener un arma de fuego no necesariamente existe una concreta puesta en peligro para un bien jurídico. Así por ejemplo, una persona que posee una pistola carente de municiones y la porta en el transcurso de su domicilio a su lugar de trabajo no logrará afectar la vida o la integridad de las personas ni siquiera generará una situación de peligro contra las mismas, sino más bien podría ser considerada una acción peligrosa ya que la sociedad desconoce la inutilidad de la mencionada arma y el propósito que la persona tiene con ella.

Por lo tanto, los delitos de tenencia se enmarcan, en sentido general, en la clasificación de delitos de peligro abstracto siempre y cuando se hable de tenencia en sentido inofensivo que posibilite únicamente una tenencia ulterior sin que se genere una efectiva puesta en peligro de un bien jurídico protegido (delitos de peligro concreto) o se ingrese a la esfera del daño (delitos de daño).

⁶¹Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Página 270.

CAPÍTULO DOS. TIPOS DE DELITOS DE TENENCIA Y VALORACIÓN JURÍDICA.

2.1.- LEGISLACIÓN NACIONAL.

Después de haber analizado la naturaleza de los delitos de tenencia y el estado jurídico que la misma representa, nos corresponde revisar los principales tipos de tenencia que nuestra legislación recoge y realizar un estudio comparativo de los mismos con las regulaciones que existen en otros países.

2.1.1.- Tenencia no autorizada de armas de fuego.

La norma de análisis es la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios publicada en el Registro Oficial 311 de 07 de noviembre de 1980 sobre la que se revisarán ciertos artículos que contienen regulaciones referentes a la tenencia.

El ámbito de regulación de esta norma consta en el artículo 1 que abarca la:

Fabricación, importación, exportación, comercialización, almacenamiento y tenencia de armas de fuego, municiones, explosivos y accesorios, materias primas para la producción de explosivos y accesorios para satisfacer las necesidades de las Instituciones, Organismos Públicos; y, en general para satisfacer las necesidades de las personas naturales o jurídicas.

La finalidad de esta norma es “mantener el control y vigilancia de todo lo relacionado con armas, municiones, explosivos y accesorios, por parte del Ministerio de Defensa Nacional a través del Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas”⁶².

Para nuestros fines del estudio, al encontrarse la palabra “tenencia” dentro de este contexto, nos compete analizarla y ver su alcance.

⁶²Jurisprudencia. Delitos por tenencia de armas y asociación ilícita. Serie 17. Gaceta Judicial 12 de 20 de noviembre de 2002.

El artículo 4 somete al control del Ministerio de Defensa Nacional por medio del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas:

La importación, exportación, internamiento, almacenamiento, comercio interior y fabricación de armas de fuego, municiones, fuegos de artificio, pólvoras o toda clase de explosivos, así como también las materias primas para fabricación de explosivos; los medios de inflamación tales como: guías para minas, fulminantes y detonadores; productos químicos, elementos de uso en la guerra química o adaptables a ella.

No se señala la tenencia dentro del control de la mencionada cartera de Estado. A nuestro criterio esto ocurre debido a que, como se afirmó en el capítulo uno de este trabajo de investigación, la tenencia no se enmarca dentro de una acción como importar o almacenar objetos prohibidos.

En el artículo 5 y en la parte atinente al presente estudio, se establece que dentro de los objetos sometidos al control mencionado anteriormente se encuentran “las armas de fuego de todo calibre” y se menciona que “El Reglamento de esta Ley establecerá las normas de control a que se refiere esta disposición”.

Un arma de fuego se define como “el conjunto de mecanismos que trabajando en forma normal y armónica, lanzan un proyectil al espacio mediante una fuerza propulsora (pólvora)”⁶³.

En el artículo 6 se prohíbe “la posesión de armas destinadas al uso y empleo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, a personas ajenas a estas Instituciones”.

El artículo 2 nos indica que:

Las características, calibre y más especificaciones técnicas de las armas de fuego, municiones y accesorios para uso militar, policial o paramilitar, serán determinadas por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con las necesidades de organización, preparación y empleo de las respectivas instituciones.

Consecuentemente, para entender cuales son las armas de uso policial y militar se deberá estar a las regulaciones que el mencionado Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas establezca.

⁶³Lénin Vinueza Noboa. Manual de Tiro. Quito, Inkprima 2000. Página 19.

En el artículo 18 se establece que será confiscada y decomisada “Toda arma de fuego (...) cuya importación, introducción al país o tenencia no estuviese facultada por esta Ley”.

De conformidad con el artículo 19:

Ninguna persona natural o jurídica podrá, sin la autorización respectiva, tener o portar cualquier tipo de arma de fuego. Se exceptúa de esta prohibición al Personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Policía Militar Aduanera y demás organismos estatales cuyos miembros podrán utilizarlas en forma que señalan las Leyes y Reglamentos de la Materia.

En lugar de la Policía Militar Aduanera se entenderá el Servicio de Vigilancia Aduanera, mantenido por la actual Ley Orgánica de Aduanas de conformidad con el Decreto Ley 04, publicado en el Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994.

En el artículo 23 se prohíbe “a las personas naturales, aún cuando tuviesen autorización para tener y portar armas de fuego, municiones y explosivos, asistir armados a manifestaciones, reuniones, asambleas, juntas y más actos públicos de cualquier orden”.

Los portadores de armas y demás artefactos señalados, pese a estar legitimados a tener las mismas, no podrán portarlas en ciertas ocasiones, todo esto, en función de precautelar la seguridad de las personas en eventos públicos donde pudiesen surgir desmanes los cuales serían más difíciles de controlar con la presencia de armas de fuego.

Asimismo, dentro de los poseedores de armas se encuentran los coleccionistas de las mismas quienes deberán cumplir con las disposiciones del Reglamento de la Ley materia de análisis, para conservarlas, de conformidad con el artículo 24.

El Reglamento a la Ley Sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios contenido en el Decreto Ejecutivo 169, publicado en el Registro Oficial 32 de 27 de marzo de 1997 en su artículo 13 se refiere a los coleccionistas de la siguiente manera:

Son importadores con fines no comerciales: las instituciones públicas y de derecho privado con finalidad social o pública, instituciones bancarias, organizaciones de seguridad privada, clubes de tiro, caza y pesca, coleccionistas de armas, así como las personas naturales y jurídicas que realizan la importación para consumo o uso particular (...).

Los coleccionistas deberán cumplir con requisitos establecidos en el reglamento señalado para conservar sus armas en armonía con la legislación que los regula.

El artículo 25 establece que:

Los fabricantes, comerciantes y demás personas naturales o jurídicas autorizadas para tener, transportar o comercializar armas de fuego, municiones, explosivos y accesorios, están obligados a observar las normas que para su transporte y almacenamiento establece el Reglamento de esta Ley.

La sanción para los tenedores consta en el artículo 31 que señala que:

Los que con violación a las normas de esta Ley, fabricaren, suministraren, adquirieren, sustrajeren, arrojaran, usaren, transportaren o tuvieran en su poder armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios o materias destinadas a su fabricación serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años y con multa de un mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio del decomiso de las armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios, materias primas que constituyan la infracción.

Del texto antedicho, se determina que la tenencia es equiparada con la fabricación, suministro e incluso sustracción de armas de fuego y demás artefactos, las que evidentemente constituyen formas distintas de delinquir.

Las normas citadas se complementan con las del Código Penal ecuatoriano publicado en el Suplemento del Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971, que recoge la tenencia, particularmente de este modo:

En el artículo 162 se sanciona a:

Los particulares que sin el permiso necesario y sin debida explicación portaren armas de uso militar o policial y de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América.

La actuación dolosa reiterada de este tipo de conducta, será sancionada con una pena de reclusión de tres a seis años.

Asimismo, el artículo 384 sanciona la tenencia de armas de este modo:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a un año:

Los vagos o mendigos que hubieren sido encontrados llevando armas, o hubieren amenazado con un ataque a las personas o propiedades, o ejercido un acto de violencia contra aquéllas.

En el artículo 624 se menciona que, sin el permiso necesario “Queda prohibido el usar o llevar consigo armas de cualquier clase (...)”.

En el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano publicado en el Suplemento del Registro Oficial 360 de 13 de enero de 2000 en su artículo 275, segundo inciso, se recoge una regulación referente a la tenencia de armas en las audiencias cuyo texto dice “No pueden llevar armas u otros elementos para molestar u ofender, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro, ni producir disturbios”.

La finalidad del legislador es mantener la armonía en la audiencia y que esta no se vea alterada o se modifique su resultado por la amenaza de un tenedor de armas.

No se especifica si se trata de un tenedor legal o ilegal, no obstante, se entiende que se extiende incluso a la tenencia facultada por las normas analizadas.

2.1.2.- Tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El segundo tipo a ser analizado es la tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para lo cual nos remitiremos a la legislación interna examinando las diferentes formas de castigo que se contempla frente a las mismas.

La norma de análisis es la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LSEP), publicada en el Suplemento del Registro Oficial 490 de 27 de diciembre de 2004.

El artículo 1 recoge el objetivo de esta ley que constituye “...combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de estas actividades”.

Se debe tomar en cuenta que dentro de la enumeración que se establece en el artículo precedente no se considera la tenencia de estas sustancias.

El artículo 3, al referirse al ámbito de esta ley en su numeral 3 cita a:

La tenencia, posesión, adquisición y uso de las sustancias sujetas a fiscalización, de las materias primas, insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos destinados a elaborarlas o producirlas, de sus derivados o preparados, y de la maquinaria, equipos o bienes utilizados para producirlas o mantenerlas.

El artículo 38 textualmente dice:

Nadie podrá, sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, vivienda, lugar de trabajo u otro sitio cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización, ni tenerlas, en cualquier forma, para el tráfico ilícito de ellas.

La sanción para los tenedores se establece en el artículo 62 que reza de la siguiente manera:

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

2.1.3 Tenencia de animales peligrosos.

La legislación ecuatoriana no considera a la tenencia de animales peligrosos como delito. No obstante, tenemos las siguientes regulaciones al respecto:

Nuestro Código Penal, en el artículo 604 sanciona con multa de dos a cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América a:

38o.- Los que hubieren dejado en soltura animales bravíos o dañinos;

39o.- Los que hubieren azuzado, o no hubieren contenido a sus perros cuando éstos acometan o persigan a los transeúntes, aun cuando no hubiesen ocasionado ningún daño.

A pesar de no ser una norma penal, hemos considerado conveniente revisar el Reglamento de Tenencia y Manejo Responsable de Perros expedido mediante el Acuerdo Ministerial 116 de 4 de febrero de 2009 publicado en el Registro Oficial 532 de 19 de febrero de 2009 analizado, en su parte pertinente, a continuación.

Para la expedición de este Reglamento, se han realizado las siguientes consideraciones, particularmente las expuestas en el sexto, séptimo y octavo considerando respectivamente, así:

Que, el incremento de la población canina, asociado al desarrollo urbano, ha derivado en la existencia de animales en la vía y espacios públicos, constituyéndose en riesgo para la salud e integridad de las personas.

Que, la situación epidemiológica del país, se ha visto agravada por el incremento de agresiones ocasionadas por animales de compañía, especialmente perros, cuyo potencial de daño a las personas es alto, llegando inclusive en algunos casos a causar la muerte.

Que, existe una débil cultura y educación sobre la tenencia responsable de perros y animales de compañía, que afecta a la seguridad individual y colectiva, así como al deterioro ambiental

El objetivo del presente Reglamento se encuentra en el artículo 1 y consiste en:

Regular la tenencia responsable de perros, especialmente de aquellos no recomendados como mascotas dentro del territorio nacional, con la finalidad de salvaguardar la integridad y salud de la población.

El artículo 3 ibídem establece que:

Todo propietario, tenedor y guía de perros, estará obligado a:

- a) Cumplir con la vacunación antirrábica y otras determinadas por la Autoridad Sanitaria Nacional, de acuerdo a la situación epidemiológica del país o de la región;**
- b) Proporcionar alimentación sana y nutritiva, según la especie;
- c) Otorgar las condiciones de vida adecuadas y un hábitat dentro de un entorno saludable;
- d) Educar, socializar e interactuar con el perro en la comunidad;

- e) Mantener en buenas condiciones físicas e higiénicas y de salud tanto en su hábitat como al momento de transportarlo, según los requerimientos de su especie;
- f) Mantener únicamente el número de perros que le permita cumplir satisfactoriamente las normas de bienestar animal;
- g) Mantener su mascota dentro de su domicilio, con las debidas seguridades, a fin de evitar situaciones de peligro tanto para las personas como para el animal;**
- h) Pasear a sus perros por las vías y espacios públicos, con el correspondiente collar y sujetos con trilla de tal manera que facilite su interacción;**
- i) Recoger y disponer sanitariamente los desechos producidos por los perros en la vía o espacios públicos;
- j) Cuidar que los perros, no causen molestias a los vecinos de la zona donde habitan, debido a ruidos y malos olores que pudieran provocar; y,
- k) Cubrir todos los gastos médicos, prótesis y daños psicológicos de la o las personas afectadas por el daño físico que su perro pudiera causar, sin perjuicio de las demás acciones legales a que se crea asistida la persona que haya sufrido dicho daño.**

Exceptuase de lo anterior a aquellos perros que causaren daños o lesiones a una o más personas, en las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando ingresen a propiedades privadas sin autorización o en el control del orden público.**
- 2.- Si las lesiones o daños se causaren luego de que los animales hubiesen sido provocados, maltratados o agredidos por ellas; o, si están protegiendo a cualquier persona o guía que se encuentre cerca y que está siendo agredida físicamente o asaltada.**
- 3.- Si la agresión se da en condiciones de maternidad del animal y en circunstancias que las crías se encuentren amenazadas. (Énfasis añadido).**

El artículo 6 enumera las prohibiciones de los propietarios y tenedores de perros así:

- a) Maltratar, golpear o someter a cualquier práctica que le ocasione sufrimiento o daño al animal;

- b) Abandonar o mantener los perros en lugares que se encuentren en estado de aislamiento;
- c) Mantener instalaciones indebidas desde el punto de vista higiénico-sanitario y a animales sin cuidado, ni alimentación;
- d) Ubicar a los perros en espacios muy reducidos con relación a su tamaño y necesidades fisiológicas y etológicas, expuestos a las inclemencias del clima, hambre, sed o aislamiento;
- e) Someter a perros de manera permanente a situaciones de encadenamiento, enjaulamiento en terrazas, patios, balcones, azoteas o similares;
- f) Obligar al animal que trabaje en condiciones de enfermedad o desnutrición;
- g) Comercializar perros de manera ambulatoria, en la vía y espacios públicos o en aquellos lugares destinados al expendio de alimentos de consumo humano. No se requiere de denuncia verbal o escrita para que las comisarías de salud procedan a incautar los perros y llevarlos a los albergues de las entidades protectoras de animales u otras instituciones de ese tipo, para su adopción o eutanasia según el caso;
- h) Vender a menores de edad mascotas;
- i) Envenenar perros masiva o individualmente ya sean propios o ajenos;
- j) Entrenar, organizar o promover peleas entre perros o con otros animales y/o apostar en ellas;
- k) Entregar perros como premio o donarlos para fines científicos que se opongan a las normas de bienestar y bioética animal;
- l) Utilizar animales en espectáculos, actos religiosos, exhibiciones, propagandas o similares cuando esto implique, sufrimiento o dolor;
- m) Circular el propietario, tenedor o guía por la vía pública con un perro, con antecedentes escritos de agresión;**
- n) Sedar por vía oral o parenteral a los perros durante su permanencia en los establecimientos de comercialización y estética, a menos que responda a una prescripción del Médico Veterinario;

o) Amarrar perros en árboles, postes, rejas, pilares o cualquier otro sitio ubicado en espacios públicos o áreas comunales, que impidan el normal tránsito peatonal o ponga en riesgo la seguridad de los transeúntes o de los mismos animales;

p) Realizar la actividad comercial de adiestramiento de perros en espacios públicos no autorizados para tal efecto;

q) Usar la imagen de perros para simbolizar agresividad, maldad, peligro o pornografía;

r) Ejercer la bestialidad, sin perjuicio de las acciones penales que por este delito se puedan establecer;

s) Filmar escenas con perros donde se los maltrate, suministre drogas, sustancias o tratamientos que alteren su comportamiento natural; y,

t) Comercializar órganos o partes de perros (Énfasis añadido).

El artículo 7 prohíbe tener como mascota todo perro que:

1.- Hubiese atacado a una o varias personas causándoles daño físico, cuando medie una denuncia.

2.- Los perros de raza Pit Bull que hayan sido utilizados en actividades delictivas, entrenados o usados para peleas, que no pasen las pruebas de comportamiento realizadas por la Unidad Especializada de la Policía Nacional. Estos perros y los señalados en el numeral anterior deberán ser eutanasiados de acuerdo a las normas del presente reglamento.

3.- Los Pit Bull y Rottweiler por el potencial de daño y severidad de lesiones que pueden causar ante un ataque al ser humano y por los antecedentes existentes en el país. Se incluyen también sus mestizos, resultantes del cruce con otras razas caninas (Énfasis añadido).

En el artículo 8 se obliga a los propietarios y tenedores de perros prohibidos a “obtener la licencia emitida por el Departamento de Criminalística de la Policía Nacional, que certifique que el propietario del perro está apto para mantenerlo bajo su responsabilidad”.

Respecto a los ejemplares Pit Bull y Rottweiler o sus mestizos, el artículo 9 ordena que para su tenencia y manejo se deberá cumplir con estos requisitos:

- a) Certificado de identificación del ejemplar, otorgado por las asociaciones caninas legalmente reconocidas, criadores, o veterinarios;
- b) Licencia de tenencia del propietario o tenedor;
- c) Certificado de esterilización de (los) ejemplares, excluyéndose los destinados a la reproducción;
- d) Certificado de evaluación de comportamiento; y,
- e) Certificado de vacunas y de salud anual.

El artículo 12 señala que para la tenencia de perros es obligatoria su identificación e inclusión en el sistema de información del Ministerio de Salud Pública.

El artículo 30 referente a las sanciones dice:

En caso de incumplimiento de las disposiciones previstas en este reglamento, el Comisario de Salud se encargará de ejecutar las sanciones establecidas en coordinación con la Policía Nacional para que proceda al retiro del perro, elaborando el informe o parte respectivo y lo remitirán para el examen médico veterinario correspondiente.

El Comisario de Salud, en ejercicio de sus funciones sancionará en el ámbito de sus competencias o enviará el informe correspondiente a la autoridad competente según el tipo de infracción que se haya cometido para la imposición de la sanción, tomando en cuenta las normas del debido proceso y según las leyes vigentes. En caso de que sean menores de edad los infractores, serán responsables sus padres o el representante legal.

El artículo 31 manda que:

En caso de incumplimiento de las disposiciones previstas en este reglamento, el Comisario de Salud se encargará de ejecutar las sanciones establecidas en coordinación con la Policía Nacional para que proceda al retiro del perro, elaborando el informe o parte respectivo y lo remitirán para el examen médico veterinario correspondiente.

El Comisario de Salud, en ejercicio de sus funciones sancionará en el ámbito de sus competencias o enviará el informe correspondiente a la autoridad competente según el tipo de infracción que se haya cometido para la imposición de la sanción, tomando en cuenta las normas del debido proceso y según las leyes vigentes. En caso de que sean menores de edad los infractores, serán responsables sus padres o el representante legal.

El Reglamento no especifica cuales serán las sanciones que recibirán quienes incumplan con lo dispuesto en este cuerpo normativo.

2.2.- LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

2.2.1.- Tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas

Se ha considerado conveniente e interesante mencionar la sentencia española 1105/2003 de 24 de julio (ponente Sánchez Melgar) citada por la doctora Araceli Manjón-Cabeza Olmeda⁶⁴ en la que se explica que en un caso de posesión de 15,248 gramos de cocaína para consumir en una fiesta de nochebuena por un grupo de amigos, se impuso la pena de tres años de prisión, mínima según el artículo 368 del Código Penal español considerando los siguientes aspectos:

- La cantidad poseída no era insignificante y superaba con mucho la de consumo diario estimado y también la de abuso habitual.
- No había ausencia de peligro abstracto ya que no era una fiesta privada sino pública.
- Entre los destinatarios de la droga había sujetos no adictos.

No obstante lo citado, en la misma sentencia se fija la posibilidad de acceder a un indulto parcial porque la pena mínima establecida en la legislación española resulta desproporcionada con la gravedad de lo sucedido.

Asimismo y desde otra perspectiva, es importante mencionar también argumentos a favor del castigo a la posesión de estupefacientes.

⁶⁴Araceli Manjón-Cabeza Olmeda. "Venta de cantidades mínimas de droga: Insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces". Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro I. Buenos Aires, 2007. Páginas 436 y 437.

María Mercedes González, en la obra citada, nos presenta tres argumentos⁶⁵ que las Cortes Argentinas han utilizado para justificar el castigo a la tenencia de estupefacientes.

Argumentos perfeccionistas cuya postura sostiene que el consumo de estupefacientes es una autodegradación moral y esto es una razón suficiente para que el Derecho intervenga.

Argumentos proteccionistas que consisten en desalentar el consumo de drogas para prevenir a los consumidores potenciales y evitar que caigan en una adicción.

Argumentos colectivistas o defensistas que justifican la punición de la tenencia de drogas para consumo personal para proteger a otros individuos de las consecuencias que generan por el hecho de que algunos ciudadanos las consuman.

2.2.2.- Tenencia de pornografía infantil.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000 establece en su artículo 3 que los Estados tomarán medidas para introducir en su legislación penal tipos como, para nuestros fines, se citan en el literal c de la siguiente manera:

“La producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido que se define en el artículo 2”.

El artículo 2 ibídem define en su literal c a la pornografía infantil como:

Toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Asimismo, el Convenio sobre ciberdelincuencia hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, en su artículo 9 ordena que:

⁶⁵María Mercedes González. Obra citada. Página 337.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: (...)

e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

En el ámbito europeo tenemos la Decisión del Consejo de la Unión Europea hecha en Bruselas el 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet que en su artículo 1 numeral 1 manda que:

Con objeto de reforzar las medidas de prevención y de lucha contra la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de pornografía infantil y de garantizar que las infracciones en este ámbito sean efectivamente investigadas y perseguidas, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para animar a los usuarios de Internet a que comuniquen a las autoridades policiales, directa o indirectamente, sus sospechas ante la difusión de material pornográfico infantil en Internet, cuando encuentren material de este tipo. Se dará a conocer a los usuarios de Internet los modos de ponerse en contacto con las autoridades policiales o con las entidades que tengan vínculos privilegiados con éstas, a fin de que dichas autoridades puedan cumplir su cometido de prevención y lucha contra la pornografía infantil en Internet.

Del mismo modo, el numeral 2 ibídem fija la posibilidad de “creación de unidades especializadas dentro del ámbito policial” y el numeral 3 garantiza “una actuación rápida de las autoridades policiales en cuanto reciban información” todo esto para combatir los casos de producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil.

La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil en su artículo 3 numeral 1 señala que:

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho: (...)

d) adquisición o posesión de pornografía infantil.

El Código Penal francés también recoge este tipo penal, particularmente el artículo 227-23 que reza de la siguiente manera:

El hecho de tomar, grabar o transmitir la imagen o la representación de un menor con objeto de su difusión, cuando esta imagen o esta representación presenten un carácter pornográfico, será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

El hecho de difundir una imagen o representación de ese tipo, por cualquier medio, de importarla o exportarla, o hacerla importar o exportar, será castigado con las mismas penas.

Las penas se elevarán a cinco años de prisión y multa de 75.000 euros cuando, para la difusión de la imagen o de la representación de un menor destinada a un público indeterminado, se haya utilizado una red de telecomunicaciones.

El hecho de tener tal imagen o representación será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán igualmente a las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor, salvo si se prueba que esa persona contaba con dieciocho años de edad el día de la toma o de la grabación de su imagen.

Asimismo, el Código Penal español en su artículo 189 numeral 1 ordena que:

Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

- a) El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.
- b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

En Latinoamérica, la legislación chilena ha tipificado el delito de posesión de pornografía infantil, particularmente el Código Penal en su artículo 374 bis que dispone que:

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

2.2.3.- Tenencia de Animales Peligrosos.

El Código Penal del Reino de España en su artículo 631 numeral 1 ordena que “Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”.

Asimismo, en España tenemos la Ley 50/1999 de 23 de diciembre que regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos. Debemos considerar que ésta no se enmarca en el campo penal, más bien las sanciones que en ella se establecen son administrativas. Sin embargo, por tratarse de tenencia de animales peligrosos, tipo analizado actualmente, se ha citado la misma.

El objeto de la ley en mención comprendido en el artículo 1 es “establecer la normativa aplicable a la tenencia de animales potencialmente peligrosos para hacerla compatible con la seguridad de personas y bienes y de otros animales”. Se debe anotar que la presente ley no es aplicable a los perros y animales pertenecientes a las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, Policía local y empresas de seguridad con autorización oficial.

Para poseer un animal potencialmente peligroso se debe obtener una licencia administrativa cumpliendo requisitos establecidos en dicha norma. Asimismo, esta licencia es necesaria para el comercio de los animales de conformidad con los artículos 3 y 4 *ibídem*.

Los dueños de los animales deberán identificar y registrar los mismos como lo establecen los artículos 5 y 6.

Con respecto al adiestramiento de los mismos, el artículo 7 prohíbe que se lo haga en función de aumentar su fuerza y agresividad para peleas; y, para guarda, deberá hacerse- lo por adiestradores que posean un certificado de capacitación.

Respecto a las infracciones, tema que nos interesa particularmente, el artículo 13 las divide en muy graves, graves y leves.

Entre las infracciones más importantes, para este trabajo, se ha considerado las siguientes:

Muy graves:

- a) Abandonar un animal potencialmente peligroso, de cualquier especie y cualquier perro, entendiéndose por animal abandonado, tanto aquél que vaya preceptivamente identificado, como los que no lleven ninguna identificación sobre su origen o propietario, siempre que no vayan acompañados de persona alguna.
- b) Tener perros o animales potencialmente peligrosos sin licencia”.

Las sanciones son las siguientes:

- Infracciones leves, desde 25.000 hasta 50.000 pesetas.
- Infracciones graves, desde 50.001 hasta 400.000 pesetas.
- Infracciones muy graves, desde 400.001 hasta 2.500.000 pesetas.

Finalmente, se establece que “la responsabilidad de naturaleza administrativa, prevista en este artículo, se entiende sin perjuicio de la exigible en las vías penal y civil”.

En el campo penal, es conveniente revisar la traducción y comentarios de la sentencia BGH 5 StR 419/01 de 11 de diciembre de 2001 del Tribunal Supremo Federal de la República de Alemania, citada por Dirk Styma⁶⁶, de conformidad con el caso expuesto a continuación, entenderemos el riesgo de la falta de medidas necesarias para una tenencia responsable de perros.

Los imputados K y Wi, dueños y poseedores de los perros Zeus y Gipsy, considerados peligrosos en vista de agresiones cometidas anteriormente y fortaleza suficiente para atacar personas e incluso saltar grandes alturas. Producto de esto, el Departamento Municipal competente ordenó se tenga con correa a los animales. Una mañana en su casa, colin-

⁶⁶Dirk Styma. “Culpa consciente y dolo eventual. El elemento volitivo del dolo. Sobre la vigilancia de animales peligrosos.”. Revista de Derecho Penal. Delitos Culpables I. Buenos Aires, 2002. Páginas 440 a 446.

dante a un colegio primario, los perros saltaron un muro de 1,40 metros de altura, corrieron hacia un grupo de niños y atacaron a uno de manera salvaje. Este ataque consistió en mordidas en la cabeza y garganta de la víctima. Los dueños K y Wi, intentaron alejar a los animales del desafortunado pequeño pero lastimosamente no lo lograron. Posteriormente, acudieron funcionarios de la policía y mataron a los animales con sus armas de fuego.

Como resultado del acontecimiento, el niño murió y los imputados K y Wi fueron condenados a una pena privativa de la libertad.

Del caso citado se desprenden las siguientes conclusiones:

- Los imputados tenían conocimiento de que los animales podían saltar el muro del colegio primario.
- Los imputados tenían medidas de seguridad insuficientes con sus animales.
- Los imputados ignoraron los estímulos provenientes de un grupo de niños jugando y también obviaron que esto pudiese llamar la atención de sus mascotas.
- Los imputados desestimaron el peligro que causaban los perros.

Como consecuencia de la irresponsabilidad de los dueños de los perros Zeus y Gipsy, se produjo la muerte de un niño que, fácilmente pudo prevenirse, si las medidas de seguridad con las que se ejecutaba la tenencia de estos animales eran objetivamente suficientes.

2.3.- VALORACIÓN AUTÓNOMA DE LOS DELITOS DE TENENCIA.

Se han revisado cuatro tipos distintos de peligro abstracto en los cuales el ilícito constituye la mera posesión de sustancias, objetos e incluso animales. Corresponde ahora analizar independientemente cada uno de ellos y determinar el peligro o incluso daño ulterior que los mismos pueden causar.

La alerta que la simple tenencia prohibida genera en la sociedad, en cierto modo puede confundirse independientemente de lo que se tenga en virtud que, si la infracción se

traduce en poseer algo, los cuatro tipos analizados se enmarcan dentro de la conducta descrita. Ahora, indiscutiblemente los resultados inmediatos o ulteriores que esta tenencia pueda ocasionar variaran de conformidad con lo que se posea.

2.3.1.- Tenencia no autorizada de armas de fuego.

La tenencia de armas, primer tipo analizado, se encuentra tipificado en una serie de países de una manera similar a la que la legislación ecuatoriana la aborda, así por ejemplo:

La legislación argentina, el artículo 189 bis numeral 2 del Código Penal ordena que “La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-)”. En el sexto párrafo del citado artículo se contempla una reducción de pena cuando “...por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos”.

En España, la Ley Orgánica 1 expedida el 21 de febrero de 1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana en su artículo 7 numeral 1 establece que:

Se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere el artículo anterior, en atención a las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos:

b) Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad.

El artículo 564 numeral 1 del Código Penal español manda que:

La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada:

1. Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas.
2. Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas.

Este tipo penal nos obliga a efectuar un análisis pormenorizado del mismo abriendo varias posibilidades que pueden presentarse.

Como se ha citado anteriormente, el texto de regulación ecuatoriana concebido en el artículo 31 de la ley de fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios determina que:

Los que con violación a las normas de esta Ley, fabricaren, suministraren, adquirieren, sustrajeren, arrojaran, usaren, transportaren o **tuvieren en su poder armas de fuego**, municiones, explosivos, accesorios o materias destinadas a su fabricación serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años y con multa de un mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio del decomiso de las armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios, materias primas que constituyan la infracción. (Énfasis añadido).

La primera posibilidad que se presenta es una tenencia fortuita. El doctor Julio César Castro con un ejemplo nos presenta la siguiente inquietud⁶⁷:

Si a una persona le notifican que dentro de su terreno han arrojado un arma, de inmediato deben proceder a evitar mediante algún nexo respectivo que tal acontecer siga (sic) sucediendo, de lo contrario, durante su siesta se convierte en tenedor de un arma, que de acuerdo al concepto que se maneja mayoritariamente, está bajo su dominio, es decir que no se sabe bien, en ese caso, si es una acción o una omisión de evitar continuar en posesión del objeto peligroso.

No existe una regulación al respecto en la cual se disponga que un tenedor de armas deba entregarlas al órgano competente para así evitar caer en el ilícito de poseerla involuntariamente.

Para abordar la inquietud presentada, el autor explica la diferencia conceptual existente entre portación y posesión. La portación se refiere a “llevar algo consigo, trasladarlo de un punto al otro (...) con un aditamento normativo, dado que los autores hacen referencia al traslado con más la aptitud y capacidad de disparo inmediato”⁶⁸. En cambio, la tenencia implica “la posesión del arma que se da dentro del ámbito del domicilio o lugar de

⁶⁷Julio César Castro. “Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II. Buenos Aires, 2008. Página 305.

⁶⁸ Julio César Castro. Obra citada. Página 306.

trabajo de la persona (...) no puede implicar el traslado fuera del domicilio y del lugar autorizado...»⁶⁹.

Bajo esta línea, la legislación argentina, específicamente el Código Penal, en su artículo 189 bis numeral 2 menciona la simple tenencia; mientras que, el sexto párrafo ibídem recoge la portación de armas.

Esta distinción no se encuentra contemplada en la legislación ecuatoriana.

La segunda posibilidad es si el arma se encuentra dañada. Un tenedor de armas que transcurra de un sitio a otro portando una pistola que no se pueda usar, indiscutiblemente se encontrará en imposibilidad de atentar contra la vida o integridad de las personas y meramente estará desobedeciendo un precepto legal, portará un arma de fuego cuando la ley ordena que no lo haga sin diferenciarse el resultado ulterior de un arma óptima para el uso y una deteriorada.

En un sentido similar nos enmarcamos dentro de la tercera posibilidad, si el arma de fuego estuviese descargada. Al respecto, el doctor Julio Cesar Castro citando al doctor Carlos Alberto Mahiques nos explica que⁷⁰:

Sólo se configura la tenencia penalmente reprochable del arma cuando dicho elemento se encuentra en condiciones de uso, es decir, cargada y apta para su disparo, o al menos bajo condiciones tales que impliquen la posibilidad inmediata de colocarla en dicha aptitud –tal como cuando se llevan juntos el arma y los proyectiles, y la primera se encuentra en adecuadas condiciones de uso, bastando a tal fin solamente cargarle los proyectiles.

No obstante, esta posibilidad no se prevé en la norma ecuatoriana analizada donde el legislador exige únicamente que se tenga armas de fuego, obviando el estado de las mismas. El autor citado, refiriéndose al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa L.5334/1 ante la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires explica el criterio del doctor Horacio Daniel Piombo quien al resolver dicho recurso enseñó que⁷¹:

⁶⁹Julio César Castro. Obra citada. Página 307.

⁷⁰Julio César Castro. Obra citada. Página 316.

⁷¹Julio César Castro. Obra citada. Página 317.

Para la configuración del delito de tenencia ilegal de arma de guerra es necesario probar el riesgo hacia el bien jurídico protegido pues, aun cuando ello podría conducir a una conversión de los delitos de peligro abstracto en tipos de peligro concreto, ésta es una solución más acorde a la luz de los principios de lesividad, legalidad y culpabilidad [...] si la razón del castigo de todo delito de peligro es su peligrosidad, siempre deberá exigirse, para su punición, que no desaparezca ese peligro puesto que sostener lo contrario implicaría avanzar en un Derecho Penal de ánimo, vedado por la Constitución Nacional. En definitiva corresponde [...] absolver [...] a quien se le imputa haber tenido en su poder, sin la debida autorización legal, un arma de fuego descargada ya que, la conducta endilgada no encuadra en el delito previsto en el artículo 189 bis del Código Penal por cuanto no es idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma, es decir la seguridad pública.

En la misma línea, el autor al referirse al principio de lesividad señala que⁷²:

En los delitos de tenencia y específicamente de un arma descargada o inapta, la lesividad no aparece ni remotamente comprobable desde lo empírico. El comportamiento lesivo que funda el ilícito no es otro que la mera desatención al mandato administrativo (no porte armas, no las tenga, si antes no lo autorizé), pero la prohibición que entraña el tipo surge vacía si no se completa con la manifestación objetiva de peligrosidad que al menos debe poder ser comprobada aunque sea luego de un proceso. Así, en la descripción que el legislador realiza ya debería intuirse la génesis de la afectación, o al menos la peligrosidad de la acción.

Después de haber revisado los resultados de una tenencia por llamarla de cierto modo “inofensiva”, nos corresponde analizar qué consecuencias puede traer una tenencia de un arma idónea.

2.3.1.1.- Tenencia de un arma de fuego idónea.

Nuestro Código Penal en su artículo 488 refiriéndose al abuso de armas ordena que “Será reprimido con prisión de dos años a cinco años el que dispare arma de fuego contra una persona, o la agrediere con cualquier otra arma, sin herirle, siempre que el acto no constituya tentativa”.

⁷²Julio César Castro. Obra citada. Página 326.

Al analizar la pena de dos a cinco años que se establece por disparar atentando contra la integridad de otra persona aunque sin hierirla, podemos claramente afirmar la desproporción en la que el legislador ha caído al sancionar la simple tenencia con una pena de reclusión de tres a seis años.

Indiscutiblemente, el daño que comete una persona al disparar (ejecutar una acción) supera el que podría cometer un tenedor quien (con las posibilidades y limitaciones citadas anteriormente), en principio no está atentando contra la vida o integridad de un ser humano.

Este tenedor de armas podría incurrir en el tipo contemplado en el artículo 488 ibídem si dispararé la misma sin herir a otra persona y, de acuerdo a las interpretaciones que los jueces den al ilícito, no es descartable la posibilidad de resultar favorecido siendo castigado con dos años de prisión y no, por ejemplo, con seis de reclusión (pena máxima) por portar un arma de fuego.

Asimismo, el uso de un arma idónea puede ayudar a cometer otros delitos tipificados en nuestra legislación, por ejemplo el asesinato (descrito en el artículo 450 del código penal ecuatoriano) puede ser ejecutado con un arma de fuego y se castigará con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

En este caso, la pena de tres a seis años por tener un arma frente a la de dieciséis a veinticinco por dar muerte a otra persona, guarda proporcionalidad con el daño causado.

2.3.2.- Tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Nuestro segundo tipo a ser analizado es la tenencia de sustancias estupefacientes, misma que se encuentra regulada en ordenamientos internacionales así:

La legislación argentina, específicamente el Código Penal, señala en su artículo 368 que:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de 3 a

nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a 3 años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

El Código Penal español contempla en su artículo 368 que:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa cantidad de la sustancia y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370.

Asimismo, el artículo 371 numeral 1 ibídem dispone que “

El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

Como falta contra los intereses generales, el Código Penal español recoge en su artículo 630 que:

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de localización permanente de seis a 10 días o multa de uno a dos meses.

En el caso ecuatoriano, la tenencia de sustancias estupefacientes merece un análisis apropiado en el que se consideren varias inquietudes como se verá a continuación.

El artículo 38 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas reza de la siguiente manera:

Nadie podrá, sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, vivienda, lugar de trabajo u otro sitio cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización, ni tenerlas, en cualquier forma, para el tráfico ilícito de ellas.

Del texto citado es posible que se desprendan dos posibilidades.

La primera se refiere a la tenencia de cualquier cantidad de sustancias sujetas a fiscalización. Mientras que, la segunda, a la tenencia para el tráfico de las mismas.

Con respecto a la simple tenencia de cualquier cantidad de una sustancia prohibida, se entiende que, sin excepción alguna, la prohibición es contundente para poseer sustancias sujetas a fiscalización. No obstante, éste texto se complementa con el del artículo 63 *ibídem* referente al estado de dependencia y con el del artículo 103 segundo inciso *ibídem* que al referirse a los narcodependientes los trata como enfermos quienes recibirán tratamiento.

La segunda posibilidad que se refiere la tenencia para el tráfico nos presenta problemas al identificar esta posibilidad de tráfico.

Un criterio para presumir el tráfico de estas sustancias sería por ejemplo la cantidad con la que se encuentra a una persona. Hay que diferenciar entre el hecho de portar dos gramos frente al tenedor de cincuenta puesto que el consumo personal, de un sujeto que requiere de la sustancia, no daña ni pone en peligro a la sociedad por el hecho de su consumo. El daño que se causa en ese caso, por el autoconsumo, es a sí mismo y eso, desde la imputación objetiva no es sancionable y de acuerdo al doctor Roberto Falcone “en tanto no afecte a la salud de otros consumidores, será atípica”⁷³.

Cuando una persona posee por ejemplo varios kilos de cocaína en su domicilio, tenemos un claro indicio para presumir que este acopio tiene un fin de tráfico ya que, debido

⁷³Roberto Atilio Falcone. Obra citada. Página 273.

a la cantidad, no se justifica el consumo personal. Sin embargo, este es un problema de prueba al demostrar la finalidad de esta posesión.

En el Ecuador, la legislación penal no establece una cantidad mínima de consumo de sustancias estupefacientes.

Otra manera de identificar un tenedor que pretenda traficar con la sustancia sería si se identifica los nexos que éste tiene con personas a quienes ofrece las sustancias o efectivamente se las está entregando pero, de ser así, el ilícito se convertiría en tráfico abandonando la esfera de la mera tenencia.

No obstante lo mencionado, debemos recordar que el tráfico se encuentra tipificado independientemente de la tenencia en el artículo 60 de la Ley analizada.

Asimismo, tenemos varios criterios en análisis de la diferenciación de simple tenencia y tenencia con ánimo de tráfico; así:

El doctor Miguel Boldova nos explica que⁷⁴:

La posesión de drogas sólo es delictiva cuando está destinada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, esto es, el consumo por persona distinta del poseedor. En consecuencia, la *posesión* para el consumo personal y el propio consumo son conductas atípicas (...) lo cual es coherente con el bien jurídico protegido, ya que tales comportamientos son incapaces de poner en peligro la salud pública.

En este sentido, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda dice que “Para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminados sujetos [...]”⁷⁵.

Consecuentemente y bajo este criterio, sería fundamental valorar la cantidad de droga que el tenedor detente ya que si hablamos de un porcentaje mínimo que sea insuficiente para el consumo de dos o más personas, es imposible hablar de una vulneración o peligro para la salud pública.

⁷⁴Miguel Ángel Buldova Pasamar. “Tenencia y consumo de drogas: Los límites de las prohibiciones en el Derecho Español”. Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales I. Buenos Aires 2001. Página 324.

⁷⁵Araceli Manjón-Cabeza Olmeda. Obra citada. Página 394

El principio de insignificancia citado por Araceli Manjón-Cabeza, parte del supuesto que “los menoscabos realmente mínimos del bien jurídico protegido no llenan ya materialmente el tipo de la norma penal”. Esta es otra razón que corrobora la valoración citada en el párrafo precedente en cada caso y en función de la cantidad de la sustancia.

María Mercedes González refiriéndose a un tenedor de una cantidad mínima de estupefacientes expone que⁷⁶:

No resultaría siempre el medio más eficaz para disuadir al consumidor ocasional de drogas, el imponerle una pena basada en la comisión de un delito de peligro abstracto, sino que, por el contrario, en la mayoría de los casos se lograría el efecto no deseado, es decir, el inducirlo al mundo delictivo al estar rotulándolo como delincuente.

Bajo esta línea, es importante recordar que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364 dice que:

Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales (...).

Consecuentemente, las penas establecidas en esta ley, refiriéndonos al tenedor sin ánimo de tráfico que, seguramente será un consumidor, están en contraposición al mandato constitucional citado.

Lo dicho en los párrafos precedentes nos permite identificar el tratamiento que se da a los delitos relacionados con estupefacientes, particularmente la tenencia de los mismos y ubicar a nuestro sistema, dentro de las tipologías de las regulaciones jurídicas en el control de drogas, en palabras del doctor Alex Valle⁷⁷, en el modelo “La guerra a las drogas” en el cual se demuestra la existencia de un derecho penal máximo en todos los tipos referentes a estupefacientes.

⁷⁶María Mercedes González. “La Peligrosidad en la Tenencia de Estupefacientes para consumo personal. Bien Jurídico ¿Tutelado?”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II. Buenos Aires, 2008. Página 334.

⁷⁷Alex Valle. “Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009. Páginas 147 y 148.

Es criterio del doctor Valle, que las penas en este tipo de delitos son desproporcionadas y lo que se pretende es suprimir el consumo de sustancias consideradas dañinas, entendiendo que si no hay drogas no hay consumo.

En concordancia con lo expuesto, la penalización de la simple posesión (sin ánimo de tráfico) se enmarca en el modelo explicado teniendo como finalidad suprimir los delitos relacionados con estupefacientes al imponerles una pena de doce a dieciséis años, sin distinguir la modalidad del ilícito que se comete.

Desde esta óptica, y de la simple lectura de los artículos 60, 61 y 62 de la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ecuatoriana cuyo texto es el detallado a continuación, se desprende que el tráfico ilícito, transporte; y, tenencia y posesión ilícitas, son infracciones consideradas, desde la óptica legal, de igual gravedad en base a la sanción que se les da:

Art. 60.- Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.

Art. 61.- Quienes transporten, por cualquier medio o vía, sea fluvial, marítima, terrestre o aérea y por cualquier forma o procedimiento, sustancias sujetas a fiscalización, en transgresión de las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. No serán responsables los transportistas que desconocieren el contenido de la carga transportada.

Art. 62.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán

sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Las penas que hemos mencionado, se equiparan a las que se dan a delitos de mayor gravedad en nuestro Código Penal como la contemplada en el artículo 423 referente a la piratería o asalto cometido a mano armada en alta mar; o, la de violación a una persona cuando se usare violencia, amenaza o intimidación, delito contemplado en el artículo 513.

La discrecionalidad del juez fijará la sanción a ser aplicada que en el mejor de los casos será doce años. Al respecto, David Cordero Heredia se refiere a la incompatibilidad con el principio de proporcionalidad y al hacer una analogía con la tenencia ilegal de armas donde no se puede determinar el uso que se les dará a las mismas, manifiesta que la pena no se equipara a las penas para los delitos que se trata de evitar (lesiones, asesinato). Nos explica que “los delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas tampoco podrían estar penados con tiempos de detención superiores a los delitos que protejan a la vida y a la integridad personal”⁷⁸. Por lo anotado, manifiesta que se puede concluir que⁷⁹:

Es desproporcionado el hecho de que las penas contenidas en la ley en estudio sean superiores que la contemplada para el delito de homicidio (vida) o a la misma que para el delito de violación (libertad sexual) y que sean superiores a los delitos que sancionan las lesiones (integridad personal).

Es oportuno revisar el pronunciamiento que la Asamblea Constituyente de Montecristi, el 4 de julio de 2008 realizó al dictar un indulto a favor de las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. El artículo 1 del referido acto se cita a continuación⁸⁰:

⁷⁸David Cordero Heredia. “La Ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009. Página 206.

⁷⁹David Cordero Heredia. Obra citada. Página 206.

⁸⁰Véase Asamblea Nacional Constituyente. Indulto a personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Montecristi, 4 julio 2008. Internet http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BdG9Lp14QMJ:www.pudeleco.com/weblegal/2008/julio/378s0080710.doc+Indulto+a+personas+que+transportan+peque%C3%B1as+cantidades+de&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEESjgAd_dNFjREg2dv6M_6tP2zWQFzxP9YWF1Kb1kY_uJjDXKdGYKPONsQO_WsVKaFaYkqKWQ8yISM1RJ1KZD6Jn80P_mIFBjKUTyTg9kSP3pdh4IREl5ceR8Y2Rt0_nRj_4rbbB8rD&sig=AHIEtbStaVXXc0ysj0HrxOJvB46jPB25xw&pli=1. Acceso 30 de julio de 2011.

Indúltese a toda persona que estuviere sentenciada a pena privativa de la libertad por los delitos de tráfico ilícito, transporte, **tenencia y posesión ilícitas** de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de acuerdo con los siguientes criterios:

b.) El peso neto de la sustancia estupefaciente y psicotrópica por la que fue sentenciada, debió ser equivalente o menor a 2 kilogramos, de acuerdo con la pericia que conste en el proceso correspondiente. (Énfasis añadido).

El razonamiento que los legisladores constituyentes tuvieron para conceder este indulto fue expuesto en los considerandos del mismo; y, en el tema que nos compete, se resume de la siguiente manera:

En el considerando quinto se menciona que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas contiene varios preceptos en los que no existe proporción en la determinación de la pena en relación a los hechos juzgados. Puntualmente se menciona la pena frente a la falta de distinción del peso de la sustancia sujeta a fiscalización.

Asimismo, en el considerando octavo se cita la falta de proporcionalidad entre el daño causado y la pena impuesta.

Se evidencia en el razonamiento de los legisladores constituyentes la corrección al trabajo legislativo que elaboró y aprobó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, particularmente a las sanciones.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, con respecto al trabajo legislativo explica que en la legislación latinoamericana, la falla en la técnica legislativa se generaliza en el campo de estupefacientes al no dejar ningún hueco de punibilidad “quien tenga algo que ver con un toxico prohibido comete delito”⁸¹.

Para reforzar lo citado expone que⁸²:

En tanto que para la generalidad de los delitos es punible la acción típica, su tentativa y su participación, reconociendo formas de menor pena para estas últimas modalida-

⁸¹Eugenio Raúl Zaffaroni. “La Legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009. Página 6.

⁸²Eugenio Raúl Zaffaroni. Obra citada. Página 7.

des, en los delitos referentes a tóxicos, es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todos como tipicidades principales.

El profesor argentino nos explica también que “(...) es lógicamente necesario penar al usuario, porque “tiene” y para ello tuvo que comprar o recibir ilícitamente, sin percatarse de que no siempre ni mucho menos es partícipe necesario de una conducta típica”⁸³.

Mantiene que este argumento es insostenible y para demostrarlo, realiza una analogía con, entre otros delitos, la explotación de la prostitución (proxenetismo). La idea de esta comparación versa en que el cliente de la prostituta no comete un delito y no puede haber explotación de la prostitución sin clientes. La prostitución per se no es delito pero sin su práctica voluntaria no habría explotación.

Por los aportes citados, consideramos importante citar el artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana que textualmente señala que:

Quien hallándose implicado en infracciones previstas por esta Ley suministrare a la Policía Nacional, Ministerio Público o jueces competentes datos e informaciones precisas, verdaderas y comprobables, que condujeran a descubrir presuntos culpables de ilícitos previstos en ella, sancionados con pena igual o mayor que la contemplada para la infracción por la que se le juzga, será reprimido con un tercio a la mitad de la pena modificada por las atenuantes establecidas en el artículo precedente, en caso de haberlas, o de la que le correspondería en ausencia de ellas.

Los atenuantes a los que se hace referencia son los siguientes:

- a) Ser menor de veinte y un años de edad;
- b) Haber actuado por presiones, amenazas o bajo violencia superables;
- c) Rusticidad del infractor de tal naturaleza que revele que cometió el ilícito por ignorancia;
- d) Indigencia; y,
- e) Las demás contempladas en el Código Penal”

Este atenuante trascendental permite verificar los criterios citados anteriormente y determinar que, más que sancionar un poseedor de una cantidad insignificante de droga, lo

⁸³Eugenio Raúl Zaffaroni. Obra citada. Página 10.

que se pretende es terminar con el negocio completo de estupefacientes. Es por esto que existe la posibilidad de reducir considerablemente la pena de quien facilite información fidedigna de culpables castigados con una sanción igual o mayor a la que fuese sometido el informante.

Ahora con respecto al daño a la salud pública que pudiesen causar los tenedores de estupefacientes, debemos entender que éste ocurrirá siempre y cuando la cantidad que se detente sea suficiente para abastecer a dos personas o más.

2.3.3.- Tenencia de pornografía infantil.

Después de haber revisado las posibilidades de los tipos de tenencia de armas y estupefacientes, nos corresponde estudiar el delito de tenencia de pornografía infantil, infracción tipificada en ordenamientos internacionales y no en el ecuatoriano.

La legislación francesa recoge este tipo en su Código Penal y en su artículo 227-23 al referirse a la imagen o representación pornográfica de un menor con objeto de difusión señala que “El hecho de tener tal imagen o representación será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros”.

Asimismo, la legislación española en el artículo 189 del Código Penal ordena que:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: (...)

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

La primera norma citada incrimina la tenencia de pornografía infantil mientras que la segunda lo hace siempre y cuando se la tenga con fines de producción, venta, distribución, exhibición o para facilitar las acciones descritas.

Para el análisis de este tipo penal, debemos tener presente cuan reprochable socialmente es el mismo y el escándalo social que ocasiona en general la pornografía infantil y los tipos que se asocian a ella (producción, venta). Empero, de todas las formas posibles de

comisión de este delito, posiblemente la tenencia sea el que merezca menor sanción, de encontrarse tipificada.

Es de considerar la prudencia con la que ha actuado el legislador español al tipificar la posesión supeditándola a fines de producción o venta.

Así como en los tipos analizados anteriormente, en la tenencia de pornografía infantil existen posibilidades que se desprenden de este ilícito y deben ser consideradas independientemente.

La primera se deriva del nombre del ilícito “pornografía infantil” del cual parecería sencillo afirmar que si no es infantil no se configura el delito y no existen consecuencias jurídicas. No obstante, y de acuerdo al criterio del doctor Miguel Boldova⁸⁴ quien nos explica que la posesión de pornografía técnica que constituye un adulto aparentando ser un menor, si se encontrase tipificada en un ordenamiento deberá probarse para salir de la esfera de la pornografía infantil, comprobando que el aparente menor tenía por lo menos dieciocho años al momento en que se realizó la representación. De no encontrarse tipificada, esta posibilidad no se presentará.

Lo explicado es aplicable a la legislación francesa que en el último párrafo del artículo 227-23 del Código Penal señala que:

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán igualmente a las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor, salvo si se prueba que esa persona contaba con dieciocho años de edad el día de la toma o de la grabación de su imagen.

La segunda posibilidad se refiere a la pornografía infantil virtual⁸⁵ en la que pese a no haberse utilizado directamente a menores, se emplea su imagen o voz distorsionada. No obstante, se está afectando al menor, tal vez no en forma directa como en los otros casos pero finalmente esta afectación existe y por eso ésta se encuentra tipificada; es así que el Código Penal italiano en el artículo 600 quáter I, equipara la pornografía infantil real con la virtual, empero, reduce la pena en un tercio para la segunda forma.

⁸⁴Miguel Ángel Boldova Pasamar. “Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención del derecho penal”. *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III*. Buenos Aires, 2008. Página 319.

⁸⁵Miguel Ángel Boldova Pasamar. Obra citada. Páginas 309 y 310.

La posesión para propio uso, tercera posibilidad, es considerada en vista que la misma se ha descrito en el Código Penal español en el artículo 189 numeral 2 de la siguiente manera “El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.

La captación voluntaria de las imágenes de sí mismo ejecutada por un menor es la cuarta posibilidad, que de acuerdo al doctor Miguel Boldova “no es delito, ni tampoco en algunos casos aunque la captación proceda de terceros”⁸⁶.

Esto sucede por ejemplo cuando una pareja de menores pide a una persona distinta que grabe mientras realizan sus actividades sexuales. Empero, discrepamos de este criterio pues dependerá de las circunstancias e intervinientes de cada acción, por ejemplo si los menores resultan manipulados o engañados para grabar sus conductas sexuales, indiscutiblemente se atentará contra su libertad sexual.

Para la quinta posibilidad no podemos dejar de lado el uso de internet y medios telemáticos en los cuales se puede obtener con facilidad material pornográfico. El desarrollo de la tecnología ha permitido que en nuestros días se pueda acceder con facilidad a una computadora con internet y la falta de restricción de páginas web, a que sea posible ingresar a un sin número de sitios de cualquier contenido.

No todas las personas que tienen acceso a la red son expertas en el manejo de la misma y los sitios a visitarse.

Es por este motivo que una persona podría, a primera vista y sin querer, convertirse en poseedor de pornografía infantil al ingresar en un sitio que, de modo directo o engañoso la ofrezca.

Para solucionar la interrogante generada en el párrafo precedente, el profesor Miguel Boldova⁸⁷ nos explica que debe existir cierta perdurabilidad de la tenencia de pornografía infantil para que se considere poseedor a una persona.

⁸⁶Miguel Ángel Boldova Pasamar. Obra citada. Página 323.

⁸⁷Miguel Ángel Boldova Pasamar. Obra citada. Páginas 327 y 328.

Así por ejemplo, la simple descarga de pornografía infantil no es suficiente para imputar a alguien el título de poseedor de la misma, se requiere que se almacene el archivo para un uso ulterior. Por este motivo, debemos afirmar que acceder a pornografía no es lo mismo que poseerla.

Posteriormente, el profesor Boldova cita dos argumentos que considera que, en el ámbito europeo puedan ser considerados como excepciones y limitaciones de punibilidad de acuerdo a cada estado, es el caso de un niño que haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, haya prestado su consentimiento para la producción de pornografía y ésta haya sido utilizada de manera privada; y, la producción de pornografía basada en imágenes de un niño inexistente quien practique conductas sexualmente explícitas.

2.3.3.1.- Ausencia de tipificación de la tenencia de pornografía infantil en el Ecuador.

La legislación ecuatoriana tipifica delitos relacionados con pornografía infantil, en el capítulo de los delitos de explotación de menores, agregado por el artículo 18 de la ley 2005-2 publicado en el Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005 que prescribe lo siguiente, artículo 1:

Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.

Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas sea (SIC) grabado o fotografiado la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años al momento de la creación de la imagen.

Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad.

Cuando en estas infracciones, la víctima sea un menor de doce años o discapacitado, o persona que adolece enfermedad grave incurable, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio; y, en caso de reincidencia, la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial.

Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima, serán sancionados con la pena de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor extraordinaria, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio.

Si la víctima fuere menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena.

De la legislación anotada se desprende que en modo literal la tenencia de pornografía infantil no se encuentra tipificada en el Ecuador. Tenemos delitos relacionados con la posesión de material pornográfico ya que necesariamente quien exhiba, distribuye o facilite el acceso a dicho material, es un poseedor. Sin embargo, la conducta en estos casos no se limita a la tenencia sino más bien abandona la esfera de ésta y un “hacer” aparece plasmado en los tipos que establece nuestro Código Penal.

Sin perjuicio de que la tenencia no se encuentre considerada dentro del artículo precedente, es un avance importante que mediante la ley 2 de 23 de junio de 2005 se hayan agregado a nuestra legislación delitos referentes a pornografía infantil.

2.3.4.- Tenencia de animales peligrosos.

Finalmente, tenemos la tenencia de animales peligrosos, regulación contemplada en el Código Penal español en el artículo 631 numeral 1 que ordena que “Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses (...)”.

En el Ecuador, la tenencia de animales peligrosos no es delito. No obstante, si revisamos el Código Penal, en la parte atinente a las contravenciones de primera clase, sancio-

nadas con multa de dos a cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América, en el artículo 604, tenemos las siguientes regulaciones:

38o.- Los que hubieren dejado en soltura animales bravíos o dañinos;

39o.- Los que hubieren azuzado, o no hubieren contenido a sus perros cuando éstos acometan o persigan a los transeúntes, aun cuando no hubiesen ocasionado ningún daño.

Del mismo modo que se ha valorado independientemente la tenencia de armas, estupefacientes y pornografía infantil, es necesario que se realice un estudio similar de la posesión de animales peligrosos, infracción menos desarrollada que las anteriores.

A diferencia de los tipos estudiados, para que se configure un delito en este caso, se requiere de una “tenencia irresponsable” en el sentido de que, como lo dice el Código Penal español, cuando un dueño o encargado de un animal feroz lo dejare suelto y éste pudiese causar daño, será castigado.

En un sentido similar lo define el numeral 38 del artículo 604 ya que se sanciona a quienes hubiesen dejado sueltos animales bravíos

Es de notar que en estos casos, la tenencia en sí (posesión del animal) no es castigada. Lo que se sanciona es que quien lo tenga, permita que el animal se encuentre en condiciones óptimas de lesionar un bien jurídico protegido, por ejemplo la integridad de una persona.

2.4.- DIFERENCIACIÓN DEL DAÑO QUE PRODUCEN LOS TIPOS DE TENENCIA.

En primer plano, la distinción que se debe realizar en este caso es sobre la conducta peligrosa que entraña un delito de tenencia (peligro abstracto).

Para esto, nos remitiremos a la tenencia de armas frente a la de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, delitos contemplados y penados en el Ecuador.

En un supuesto caso, ubicando a los autores de estos ilícitos en un lugar público, rodeados de personas, la inquietud que aparece es ¿cuál de las conductas en estudio resulta en verdad peligrosa? O si se quiere ¿cuál se vuelve más peligrosa?

Es criterio nuestro que, indiscutiblemente, la presencia de un arma de fuego que pudiese ser disparada o accidentalmente accionada atentando contra una persona es una conducta peligrosa frente a un tenedor de dos gramos de marihuana por ejemplo que, a más de afectarse a sí mismo al consumirla, no pondrá en peligro a la sociedad.

No obstante, las penas para un tenedor de armas (3 a 6 años) son inferiores a las que recibiría un poseedor de droga (12 a 16 años).

En el mismo sentido y en los delitos contemplados en legislaciones comparadas, debemos diferenciar entre la acción riesgosa de poseer animales peligrosos frente a la de tener pornografía infantil.

El peligro que un animal sin las adecuadas medidas de seguridad pueda causar a las personas es indiscutiblemente mayor que el que causará la posesión de pornografía infantil a las personas. No obstante, en este caso debemos considerar el daño que está recibiendo el menor afectado con la grabación y que éste se verá lesionado cada vez que el poseedor del material lo reproduzca. Sin embargo, esta lesión no será producto de la mera posesión sino de la difusión o la reproducción del video requiriéndose para esto la tenencia del material pero no agotándose en ella sino ingresando en la comisión de otros delitos.

Las penas son de dos años en Francia y uno a cinco años en España para la tenencia de pornografía infantil y de uno a dos meses para animales peligrosos en España.

Después de revisar la conducta peligrosa que traen consigo los delitos de peligro abstracto estudiados, pretendemos extender nuestra investigación hasta los resultados que los mismos podrían causar al momento de ingresar en la esfera del daño y lesionar efectivamente un bien jurídico protegido.

Para este cometido, es pertinente enumerar algunos de los posibles ilícitos que se podrían configurar si un delito de tenencia se convierte en un delito de daño.

Así, en los tipos en estudio se revisarán las posibles consecuencias que pudiesen ocurrir si ingresamos a la esfera del daño:

Tenencia de armas de fuego.- con esta infracción, podemos obtener, entre otros, los siguientes resultados:

- Delitos contra la vida.
- Delitos contra la propiedad.

Tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.- en este caso, consideramos que el resultado que se puede obtener es:

- Venta, distribución, tráfico de drogas.

Tenencia de pornografía infantil.- con este ilícito, podemos tener:

- Venta, distribución, exhibición.

Tenencia de animales peligrosos.- producto de esta infracción pueden resultar:

- Delitos contra la vida
- Delitos contra la integridad de las personas.

Dentro de la tenencia de pornografía infantil conjuntamente con la de estupefacientes, el resultado más perjudicial que podría ocurrir es el tráfico de las mismas.

En cambio en la tenencia de armas, los resultados que en primer orden se nos presentan son referentes a la posible afectación que las personas recibirán si estas armas fuesen usadas en contra de ellas.

Se podría afectar la integridad de las mismas e incluso su vida. No obstante, no es descartable también que la tenencia de armas pueda generar el tráfico de las mismas.

En forma similar nos encontramos en la tenencia de animales peligrosos pues la irresponsabilidad del tenedor en un momento y lugar preciso, podría generar que se atente contra personas inocentes. Por esto, la integridad y vida de las personas podría también verse afectada.

Nuestro Código Penal establece las penas para los delitos contra la vida, por ejemplo en el artículo 449 referente al homicidio se castiga al infractor con una pena de ocho a doce años de reclusión mayor.

La Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas sanciona los delitos contenidos en ella con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Es nuestro criterio que estas sanciones no guardan proporcionalidad con los delitos que se cometen, no obstante, entendemos que el legislador ha castigado a la tenencia de estupefacentes como un tipo excepcionalmente duro por su pena, en vista de que el objetivo ha sido terminar con el negocio de la droga.

En la legislación comparada, sucede algo similar con la tenencia de pornografía infantil. La sanción varía en los dos países revisados, en España con una pena de uno a cinco años y en Francia con otra de dos años.

En el caso español, resulta en cierto modo evidente que, como lo expusimos en el campo de estupefacentes, la finalidad del legislador es acabar con la industria de la pornografía infantil, motivo por el cual se sanciona la tenencia con ánimo de venta o distribución.

CAPÍTULO TRES. PROTECCIÓN SOCIAL.

3.1.- NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN.

Después de haber revisado la naturaleza y los principales tipos de delitos de tenencia, su tratamiento y las consecuencias que éstos producen al encontrarse en la esfera de la simple posesión; y, al abandonar la misma y convertirse en delitos de daño, nos corresponde analizar la tipificación de los mismos.

Es de recalcar que, como delitos de peligro abstracto, la estructura de los cuatro tipos de tenencia analizados en este trabajo es la misma y éstos se consuman con la simple “tenencia” de algo.

Es oportuno revisar con mayor profundidad el tipo y la tipicidad, enunciados ya en el capítulo uno a breves rasgos, para entenderlos en el marco de los delitos de tenencia.

El profesor Mario Garrido Montt nos explica que el tipo es “la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva”⁸⁸.

Asimismo, el autor mencionado al referirse ahora a la tipicidad señala que “es la coincidencia de una conducta concreta, real, con el esquema abstracto contenido en el tipo penal”⁸⁹.

De conformidad con lo expuesto, en los delitos que nos conciernen el tipo penal consistiría en la descripción material del ilícito, por ejemplo la establecida en el artículo 31 de la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios que señala:

Los que con violación a las normas de esta Ley, fabricaren, suministraren, adquirieren, sustrajeren, arrojarren, usaren, transportaren o tuvierren en su poder armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios o materias destinadas a su fabricación serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años y con multa de un mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio del decomiso de las armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios, materias primas que constituyan la infracción.

En este caso, la infracción existirá cuando en el supuesto plasmado en el texto legal (tipo penal), la conducta de un sujeto se subsuma en él (tipificación), encajando en las características antes establecidas. Por ejemplo, Juan tiene una pistola en su poder sin el debido permiso.

El propósito de este capítulo es realizar un análisis de los tipos de tenencia para determinar si existe la necesidad de que los mismos se encuentren contemplados en la legislación penal, se incluyan tipos nuevos o no deban formar parte del cuerpo penal.

⁸⁸Mario Garrido Montt. Derecho Penal Parte General Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003. Página 45.

⁸⁹Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 46.

3.1.1.- *Cuándo prohibir.*

El profesor Ferrajoli se plantea la interrogante de ¿cuándo prohibir?⁹⁰ y citando a Montesquieu expone que la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas.

Bajo esta reflexión la interrogante de cuándo prohibir se subdivide en cuándo prohibir penalmente mejor q civil o administrativamente y cuándo como delito o contravención.

El profesor italiano se refiere a la formula “prohibendum quia peccatum” misma que a su criterio presenta dos posibilidades. La primera es que un comportamiento sea prohibido cuando en cualquiera de las acepciones de la palabra, es pecado y la segunda sólo si éste es pecado.

De acuerdo a lo expuesto, la subordinación antes existente del derecho a la moral se expresa en la primera posibilidad mientras que en la segunda se plasma una limitación del poder punitivo que se dirija sólo a comportamientos inmorales o reprobables.

No es suficiente que se prohíba un hecho por ser considerado reproable, debe también existir una justificación externa para que se prohíba penalmente.

Esta justificación es una garantía que, a criterio del autor, se plasma en los principios de lesividad y materialidad.

El principio de lesividad hace referencia a que, el Derecho Penal, debe intervenir y prevenir los más grandes costes sociales e individuales en función del resultado lesivo que los actos ilícitos produzcan a las personas. Así se justifica las prohibiciones y las penas.

No se debe pedir más del Derecho Penal, los actos inmorales, hostiles e inclusive los peligrosos no deben formar parte de la legislación penal, al contrario debe existir un nivel de tolerancia jurídica a los actos no lesivos para terceros.

Este principio a criterio del autor es un⁹¹:

⁹⁰Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995. Páginas 459 a 500.

⁹¹Luigi Ferrajoli. Obra citada. Página 466.

Denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El profesor Raúl Zaffaroni realiza un par de consideraciones referentes al principio de lesividad mediante las cuales enseña que éste debe influir en las decisiones de la agencia judicial en vista que “su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de “moralización” subjetivizada y arbitraria del ejercicio del poder del sistema penal”⁹². Por esto, la pena que se impondrá motivada en una acción que no afecta los derechos de nadie, resulta una falacia.

Retomando las explicaciones del profesor Ferrajoli, es importante citar que considera que como consecuencia del principio de lesividad, se origina el principio de necesidad o economía de las prohibiciones penales como una limitación a la potestad prohibitiva del Estado.

De este principio se deriva la máxima economía en la configuración de los delitos ya que la intención no es generar prohibiciones que impidan la realización de acciones normales sino más bien regularlas y evitar que los ciudadanos se lastimen mutuamente.

En palabras de Beccaria “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”.

La facultad de castigar es la técnica de control más peligrosa para la libertad y dignidad de los ciudadanos. El principio de necesidad permite que este castigo se efective exclusivamente cuando sea necesario.

Este principio está estrechamente ligado con el de reserva de ley en vista que con una correcta interpretación del mismo, se debería detener la inflación penal permitiendo así un mayor grado de libertad de los ciudadanos y una menor amenaza a su actuar cotidiano.

⁹²Eugenio Raúl Zaffaroni. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, Editorial EDIAR, segunda reimpresión 1998. Página 248.

El doctor Ferrajoli también se refiere al principio de materialidad que se traduce en que todo daño penalmente relevante debe ser efecto de una acción.

Atendiendo a lo expuesto el autor corrobora con lo siguiente⁹³:

Los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas-materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables-describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal.

Si existe una prohibición penal inútil que regula un acto que no causa daño alguno tampoco servirá para evitarlo.

El profesor Ferrajoli nos explica que este principio como límite a la intervención penal es el inicio del concepto moderno de ciudadano quien puede actuar de manera libre realizando todo lo que no está prohibido. Asimismo, se traduce en el respeto a la persona humana, a la tolerancia con quien es distinto y se le reconoce su dignidad.

Si bien en los ordenamientos se han consagrado los derechos inviolables de la persona, a criterio del profesor italiano, no se ha introducido el más importante “el derecho a ser uno mismo y a seguir siéndolo —esto es el derecho a la libertad interior y a la propia identidad, malvada, inmoral o peligrosa-”⁹⁴

En consecuencia y refiriéndose al ordenamiento italiano explica que⁹⁵:

No sólo ha mantenido, sino que ha multiplicado los tipos de peligro abstracto, bien integrados no por «actos (objetivamente) idóneos para» sino por actos (subjétivamente) dirigidos a» la producción de resultados lesivos, bien definidos o agravados genéricamente por el <fin> (por ejemplo de subversión o terrorismo) o por el <objetivo de cometer> determinados delitos.

Dicho esto y para ampliar el panorama de la intervención del Derecho Penal hemos creído conveniente tratar el principio de intervención mínima en un apartado independiente.

⁹³Luigi Ferrajoli. Obra citada. Página 480.

⁹⁴Luigi Ferrajoli. Obra citada. Página 484.

⁹⁵Luigi Ferrajoli. Obra citada. Páginas 486 y 487.

3.1.1.1.- El principio de intervención mínima

Este principio ha sido desarrollado por varios autores como es el caso del profesor Francisco Muñoz Conde quien nos explica que “el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho”⁹⁶.

En este sentido, es conveniente precisar que cuando el Derecho Civil o Administrativo puede intervenir deben hacerlo evitando así que las medidas penales concurren.

El Derecho Penal exclusivamente debe castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos de mayor importancia.

Como consecuencia de lo mencionado existirá una limitación del poder punitivo del Estado atendiendo a la naturaleza misma del Derecho Penal.

El doctor Muñoz Conde al referirse a las consecuencias de este principio las divide en cuantitativas como cualitativas.

Las primeras hacen referencia al número de tipos penales que deben ser introducidos en la legislación. El autor nos explica que “no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidos por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él”⁹⁷.

De lo expuesto se puede apreciar el carácter fragmentario del derecho penal que se pone de manifiesto en una triple forma⁹⁸:

En primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales

⁹⁶Francisco Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial B de f, segunda edición, 2001. Página 107.

⁹⁷Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Página 124.

⁹⁸Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Páginas 124 y 125.

Dicho esto, el autor italiano citando a M.E. Mayer nos explica que desde una óptica políticocriminal para que el legislador intervenga se requiere que el bien jurídico tenga una triple cualidad:

Debe ser merecedor de protección en función del valor que se le atribuya al bien en una determinada cultura lo que advierte el peligro de perversión que puede existir al introducir un bien jurídico en el sistema penal.

También debe existir una efectiva necesidad de protección ya que “no todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal. Muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, administrativas, etcétera”⁹⁹. No obstante lo expuesto puede suceder que la protección que otras ramas den a los bienes jurídicos sea insuficiente y el Derecho Penal deba intervenir allí, donde en principio, no era necesario.

Finalmente, la tercera característica es su capacidad de protección pues no todos los bienes merecedores y necesitados de protección penal son capaces de recibirla. En este punto se plantea el problema de las relaciones entre el Derecho Penal y la moral. Así, el autor nos explica que no es deseable que exista una correspondencia total entre la moral y el Derecho Penal y citando a Jellinek afirma que el Derecho Penal sólo tiene un mínimo ético que cumplir.

Las consecuencias cualitativas hacen referencia a la gravedad de las penas. El punto de partida es que “debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito”¹⁰⁰.

Lo contrario a esto es la hipertrofia cualitativa del derecho penal, característica de los Estados totalitarios donde no existe proporcionalidad entre delito y su pena.

El principio de proporcionalidad en el ámbito penal se traduce en que “las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito”¹⁰¹.

Así, entre las penas que a criterio del doctor Muñoz Conde, son ejemplos de infracción de este principio constan¹⁰²:

⁹⁹Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Páginas 127 y 128.

¹⁰⁰Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Página 131.

¹⁰¹Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Página 134.

Las penas previstas para el tráfico de drogas, en cuanto conductas tan inocuas como la tenencia de algunos pitillos de grifa o el facilitárselos a alguien pueden estar castigadas hasta con veinte años de privación de libertad (Énfasis añadido).

Son de notar también las ideas del profesor Luigi Ferrajoli¹⁰³ quien se refiere al principio de intervención mínima y realiza, entre otras, ciertas consideraciones:

Nos explica que además del máximo bienestar posible de los no desviados, también debe existir el mínimo malestar necesario para los desviados. En este sentido, sostiene que la pena a más de prevenir la comisión de delitos, sirve para proteger a la sociedad de castigos injustos ya que el Derecho Penal no sólo debe proteger a la persona ofendida por el delito sino también al delincuente frente a las reacciones que la sociedad tendría frente a él. En consecuencia, la violencia que la pena ocasionará al delincuente debe ser menor que la posible reacción (no penal sino informal) de la sociedad frente a él permitiendo así la minimización de la reacción violenta frente al delito.

El profesor italiano al referirse a la justificación de un sistema penal nos indica que¹⁰⁴:

Un sistema penal, diremos en efecto, está justificado sólo si la suma de las violencias -delitos, venganzas y castigos arbitrarios- que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Naturalmente, un cálculo de este tipo es imposible. Puede decirse sin embargo que la pena está justificada como mal menor –lo que es tanto como decir sólo si es menor, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario- respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del derecho penal respecto a los costes de la anarquía punitiva.

Asimismo, tenemos el principio de la irrelevancia analizado por Mario Garrido Montt¹⁰⁵ quien citando al profesor alemán Hans Welzel nos explica que:

Aquellas conductas que se mantienen dentro del orden social histórico normal de una sociedad, aunque formalmente queden comprendidos en una descripción típica, están

¹⁰²Francisco Muñoz Conde. Obra citada. Páginas 134 y 135.

¹⁰³Luigi Ferrajoli. Obra citada. Páginas 332 a 336.

¹⁰⁴Luigi Ferrajoli. Obra citada. Página 336.

¹⁰⁵Mario Garrido Montt. Obra citada. Página 51.

excluidas del tipo penal. No serían típicas—por ejemplo—las pequeñas dádivas entregadas a los funcionarios públicos, que podrían ser casos de cohecho, las privaciones de libertad irrelevantes, las lesiones mínimas que se infieren durante el boxeo, etc.

3.1.2.- *Cómo prohibir.*

La siguiente interrogante que el jurista Ferrajoli se plantea es ¿cómo prohibir? y al realizar un análisis de las prohibiciones penales realiza varias reflexiones críticas entre las que consideramos las siguientes:

Las normas penales pueden ser regulativas o constitutivas, la explicación de las mismas es la citada a continuación:

Llamaremos regulativa a la norma que regula un comportamiento calificándolo deónticamente como permitido, prohibido u obligatorio y condicionando a su comisión u omisión la producción de los efectos jurídicos que prevé; y llamaremos constitutiva a la norma que establece inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamientos cuya comisión u omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos. Constitutivas son, en este sentido, las leyes derogatorias, o las disposiciones sobre mayoría de edad o sobre competencia; regulativas son, por su parte, las que prevén actos y los efectos subsiguientes a su comisión u omisión.

Para los conceptos citados, el profesor italiano formula un principio de regulatividad que exprese la estricta legalidad penal y el presupuesto formal de materialidad y culpabilidad.

Con este principio quedan proscritas las leyes penales constitutivas ya que “constituyen directamente los presupuestos de la pena, estigmatizando o calificando como reos a un sujeto o a una clase de sujetos más a causa de su modo de ser que de su modo de actuar”¹⁰⁶.

Esto constituye una característica de los sistemas totalitarios que atenta contra la igualdad que gozan todas las personas. El carácter constitutivo de la norma implica discriminación social ya que:

¹⁰⁶Luigi Ferrajoli. Obra citada. Página 504.

Al castigar y reprimir la identidad desviada con independencia de las acciones realizadas, las normas penales constitutivas presuponen que somos, natural o socialmente, distintos y expresan, con ello, la intolerancia para con las personas a-normales o sencillamente diversas, identificándolas por características intrínsecas, cualesquiera que sean los criterios para su diferenciación. En nuestro ordenamiento son normas constitutivas, por ejemplo, aquellas que consideran como destinatarios posibles de medidas de prevención a vagos, vagabundos, **sujetos dedicados a tráfico ilícito**, proclives a delinquir y similares. Pero son constitutivas también todas las normas que configuran hipótesis de desviación que no consisten necesariamente en hechos y que, por ello, carecen del elemento materialidad, **como son en general todas las figuras de peligrosidad social.** (Énfasis añadido)

Este tipo de normas además carecen de los principios de materialidad y lesividad de las acciones.

Después de haber revisado los distintos criterios expuestos al iniciar este capítulo nos corresponde realizar ciertas aproximaciones a la tipificación de los delitos materia del presente trabajo.

3.1.3.- Tipificación de la tenencia no autorizada de armas de fuego.

Conforme se ha analizado este tipo penal y después de haber revisado las posibles formas en que se configura esta tenencia, es necesario analizar la conveniencia o no de la existencia de este tipo penal.

Las armas de fuego se vuelven peligrosas exclusivamente por su uso, su tenencia puede ser vista en el peor de los casos como una preparación, por ejemplo, de un delito de homicidio y esto sería muy discutible pues también se la podría asociar con un fin lícito como la cacería regulada.

A criterio del profesor Pastor Muñoz el delito de tenencia de armas sólo puede ser reprimido si a éste se acompaña “un plan delictivo inequívoco”.

Sin perjuicio de lo anotado y citando al profesor Claus Roxin independientemente del fin que tenga la tenencia de armas, su punibilidad puede justificarse por dos motivos:

El primer motivo radica en la protección que esta punibilidad brinda a la vida y/o integridad física de las personas, bienes jurídicos con extrema importancia cuya seguridad frente a armas de fuego no puede ser alcanzada por otras ramas del Derecho.

En este sentido el profesor Cornelius Nestler ha explicado que las armas de fuego “no son sólo instrumentos de los delincuentes, son también ‘prototipos de la comisión de delitos’ en las manos del ciudadano común que ha caído en una situación conflictiva, que quiere defenderse o que simplemente se comporta con sus armas de manera descuidada”¹⁰⁷.

Imaginemos cuán peligroso resultaría para la sociedad ecuatoriana un derecho liberal de armas. Es de analizar por ejemplo lo que sucede en los Estados Unidos de Norteamérica donde existe una gran facilidad para obtener armas y su legislación permite que los ciudadanos, por motivos de defensa personal, porten armas de fuego. El profesor Nestler ha calculado que a causa de esta libertad en tres años han muerto más americanos que como resultado de la guerra de Vietnam.

Es adecuada la intervención del Derecho Penal para precautelar la seguridad de los ciudadanos. Empero, la inquietud que se presenta es si para alcanzar esta protección es imperioso que sea una pena privativa de la libertad la que deban sufrir los ciudadanos o bastaría con una multa y confiscación del arma.

El segundo motivo es la sensación de seguridad de los ciudadanos ya que si la tenencia de armas no estuviese contemplada dentro de la legislación penal y cualquier persona pudiese adquirirlas, portarlas con libertad e incluso mostrarlas en público, ésta se afectaría causando un malestar y una sensación de zozobra general, particularmente por la vida e integridad de las personas.

En consecuencia, no se debe ver a la tipificación de la tenencia de armas como un adelantamiento de la barrera de punición de algún delito no cometido ni como una presunción ilegítima de los pensamientos o supuestos planes delictivos del portador sino en función de los motivos expuestos en los párrafos anteriores.

¹⁰⁷Claus Roxin. Artículo citado. Página 7. Ver anexo 1.

3.1.4.- Tipificación de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La primera idea que se debe aclarar al respecto es que el fundamento del castigo de la tenencia de drogas no puede ser su propio consumo debido a que, conforme a la imputación objetiva, no sería lógico castigar el daño que una persona se causa a sí mismo. Para reflexionar sobre el tema debemos recordar que, dentro de los tipos penales derogados que sancionaban la autolesión se encontraba el intento de suicidio, cuya vigencia fue eliminada por el legislador ecuatoriano. ¿Es lógico sancionar a quien se hace daño a sí mismo?

El fundamento de la punibilidad de la tenencia de drogas sería el peligro que existe de que ésta (en una cantidad considerable) llegue a determinados sujetos que resultarían dañados por su consumo (daño a sí mismos).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recalcar que el suministro es un delito reprimido con independencia a la simple tenencia y para sancionar éste se harán las consideraciones pertinentes sobre la cantidad de la sustancia que está siendo suministrada.

Particularmente, el consumo de drogas blandas (por ejemplo marihuana) no es más perjudicial que el consumo de alcohol o tabaco cuyo disfrute es legal, en consecuencia, y comparado con el tipo penal analizado en el apartado precedente, no se lo puede equiparar con la tenencia de armas que pueden causar resultados mortales.

Por lo expuesto y siguiendo el criterio expuesto por el profesor Roxin, el motivo de la tipificación de la tenencia de estupefacientes es tal vez la lucha contra la criminalidad organizada que maneja el mercado de las drogas.

De acuerdo a los principios analizados (intervención mínima y lesividad principalmente) no es justificable una intervención del Derecho Penal que regule la tenencia de drogas que posibilite exclusivamente una tenencia ulterior.

3.1.5.- Tipificación de la tenencia de pornografía infantil.

A diferencia del trato con armas que pueden lesionar la vida y/o integridad de las personas y drogas que apuntan a una autolesión, en este caso interviene un tercero que es el

infante, quien vio su dignidad y libertad sexual afectada en el momento en que fue víctima de la grabación pornográfica que se vende, distribuye o posee.

La mera posesión de pornografía infantil no puede ser equiparable con la producción, venta o distribución de la misma.

Un fundamento para la tipificación de la simple posesión de pornografía infantil a criterio de Gimbernat Ordeg se resume en que en cada ocasión que el poseedor reproduce la grabación, se perpetúa el ataque a la dignidad y libertad sexual de él o los niños que forman parte del video. Es decir, sus derechos se verían vulnerados en cada reproducción de la cinta magnética.

No obstante, y como se ha visto en la legislación española, la exhibición de este material se sanciona con independencia de la tenencia.

En función del criterio del profesor Roxin, al depender los productores de pornografía infantil de la demanda de los compradores, la compra de este material podría evitarse o al menos disminuir si se introduce una prohibición penal a la tenencia.

El profesor alemán también nos explica que la tenencia de pornografía infantil¹⁰⁸:

Puede ser entendido como “hecho de conexión” y, por cierto, como tipo delictivo autónomo que reúne elementos de la receptación y del encubrimiento, y que puede ser caracterizado como “fomento de la producción de pornografía infantil”. A diferencia de lo que sucede en el supuesto de la tenencia de drogas, donde la finalidad de acabar con el “mercado” es llevada incorrectamente a legitimar la punibilidad en este ámbito, aquí no se trata del vago punto de vista de una lucha contra difusas redes comerciales, sino de impedir casos concretos y gravísimos de abuso sexual de menores.

En este sentido, y atendiendo a la función preventiva del Derecho Penal, por lo atroz de la acción delictiva y el interés superior de los niños, existe conveniencia de que, de conformidad con varios países europeos y atendiendo a normas internacionales, se introduzca en el marco penal la regulación que incrimine la posesión de pornografía infantil.

¹⁰⁸Claus Roxin. Artículo citado. Página 10. Ver anexo 1.

3.1.6.- Tipificación de la tenencia de animales peligrosos.

La primera reflexión que debemos considerar antes de tratar esta infracción es que su configuración depende de una tenencia irresponsable y de los posibles daños que esta ocasione. En este sentido, podemos obtener lesiones e incluso, como lo explicamos en el capítulo dos, víctimas fatales de animales sin suficientes medidas de seguridad.

El legislador ecuatoriano ha estimado que este precepto no lleva consigo la gravedad necesaria para ser considerado como delito y lo ha introducido como contravención.

El daño que esta tenencia irresponsable puede ocasionar es a terceras personas quienes pueden ser víctimas de la irracionalidad animal y del descuido de las personas a su cargo.

Sin perjuicio de lo expuesto, estas infracciones atendiendo al principio de intervención mínima del Derecho Penal, podrían ser reguladas por otras ramas del derecho como ha sucedido en España donde, la tenencia de animales potencialmente peligrosos, se regula con la Ley 50/1999 de 23 de diciembre donde se establecen licencias administrativas para los dueños y adiestramientos que las mascotas deben recibir en función de poseerlos de forma responsable; y, en el Ecuador con el Reglamento de Tenencia y Manejo Responsable de Perros.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo se han revisado los principales delitos de tenencia, su estructura, el daño o peligro que causan y pueden causar, distintas posibilidades que pueden presentarse en su comisión y las consecuencias de las mismas. Corresponde ahora, después de las ideas que se han esbozado, presentar una serie de conclusiones de lo analizado; así:

Los delitos de daño se diferencian de los delitos de peligro en virtud que, los primeros requieren que la afectación que reciba el bien jurídico sea efectiva, que el daño se genere de manera temporal o irreversible; mientras que, en los segundos se presenta una amenaza general que pone en riesgo bienes jurídicos cuyo titular es su conjunto, en los que únicamente se alcanzará la posibilidad de producir el daño, un delito de peligro.

Los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La diferencia radica en que en los tipos de peligro concreto se requiere que en el caso determinado se haya producido un peligro real para un objeto protegido, el peligro concreto es el resultado típico. En los tipos de peligro abstracto se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso específico tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro, se considera al peligro como dado con la comisión de la acción básica. El castigo lo recibe la acción sin considerar si en el caso determinado existió o no el peligro.

Los delitos de tenencia son hechos punibles en los cuales se convierte en delito la simple posesión de determinados objetos.

Los delitos de tenencia se enmarcan dentro de la clasificación de los delitos de peligro abstracto al constituir una “conducta peligrosa” al referirnos exclusivamente a una tenencia que permita una tenencia ulterior sin que se produzca el efectivo peligro hacia el bien jurídico protegido como en los delitos de peligro concreto y sin que ocurra la afectación al mismo como en los delitos de daño.

La valoración de los delitos de tenencia debe ser independiente. No se puede sancionar de manera análoga el estado de la “simple posesión” sin diferenciar lo que se posea. El tener armas de fuego, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pornografía infantil o animales peligrosos necesariamente debe ser analizado de modo independiente.

La tenencia no se enmarca dentro de la acción ya que ésta es un movimiento de los seres humanos, perceptible por los sentidos guiada por la voluntad con un determinado resultado o al menos una intención.

La tenencia tampoco constituye una omisión porque ésta es un voluntario no hacer algo que tenía que haberse hecho cuya falta de realización produjo una lesión a un bien jurídico protegido.

La legislación ecuatoriana recoge entre sus tipos de tenencia la posesión de armas de fuego, de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y como contravención de animales peligrosos. Empero, no se encuentra tipificada la tenencia de pornografía infantil.

La regulación ecuatoriana referente a armas de fuego no diferencia el estado de estas y el posible daño que las mismas puedan causar.

Las armas de fuego se vuelven peligrosas por su uso, no obstante su tenencia genera una sensación de inseguridad en la sociedad por lo que es adecuada la intervención del Derecho Penal para precautelar la seguridad de los ciudadanos. Como consecuencia, no se debe considerar que la tipificación de la tenencia de armas es un adelantamiento de las barreras de punición sino como una forma de regular y cuidar la convivencia social evitando el peligro que generaría una sociedad en la que se pueda portar armas con la mayor libertad.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas equipara a la tenencia de estas sustancias con delitos como la adquisición o la venta de las mismas.

La legislación ecuatoriana referente a estupefacientes se enmarca en el modelo “La guerra a las drogas” donde se evidencia un Derecho Penal máximo.

El principio de proporcionalidad que consiste en la ponderación que se debe realizar entre la gravedad de la conducta y la sanción de la misma, no justifica los castigos que se establecen en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana donde la tenencia, sin importar la cantidad, puede ser reprimida con una pena de doce a dieciséis años.

La posibilidad establecida en el artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana de reducir considerablemente la pena a quien suministre información verídica para descubrir culpables de ilícitos contemplados en esta norma evidencia que la intención del legislador ecuatoriano es terminar con el negocio de las drogas.

La posesión de una cantidad mínima de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para consumo personal puede producir únicamente una autolesión que, de acuerdo a la imputación objetiva, no es punible.

La venta, distribución, tráfico de sustancias estupefacientes se encuentran tipificados con independencia de la tenencia.

La salud pública resultaría afectada si la cantidad de droga que detenta una persona es suficiente para abastecer a dos o más personas. No obstante, el tipo penal que la lesione será la distribución de la sustancia más no la tenencia.

La justificación para el castigo de la tenencia de estupefacientes no puede ser su propio consumo sino más bien la posibilidad que existe de que ésta (en una cantidad considerable) llegue a determinados sujetos que resultarían dañados por su consumo. No obstante, la distribución es un delito sancionado independientemente. Es así que, no es justificable la intervención del Derecho Penal exclusivamente en el campo de la posesión.

Si se entiende a la tenencia de pornografía infantil como un “hecho de conexión” conforme lo expone el profesor Roxin, su tipificación es acertada para así evitar casos concretos y graves de abusos sexuales a menores.

La tenencia de animales peligrosos en virtud del principio de intervención mínima del Derecho Penal, podría ser regulada por otras ramas del Derecho como ha sucedido en nuestro país y España.

El principio de insignificancia se refiere a que las lesiones mínimas del bien jurídico protegido no llenan materialmente el tipo de la norma penal.

El principio de lesividad se traduce en que, el Derecho Penal, debe intervenir y prevenir los más grandes costes sociales e individuales en función del resultado lesivo que los actos ilícitos produzcan a las personas.

El principio de necesidad o economía de las prohibiciones penales es una limitación a la potestad prohibitiva del Estado que permite que no se generen prohibiciones que impidan la realización de acciones normales sino que más bien las regula y evita que los ciudadanos se lastimen mutuamente.

El principio de materialidad consiste en que todo daño penalmente relevante debe ser efecto de una acción, no en actitudes, estados de ánimo o hechos, sino en actos humanos.

El principio de intervención mínima hace referencia a que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y que las perturbaciones leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho.

ANEXO

CLAUS ROXIN

Los delitos de tenencia

I. (*primero*) Introducción

Desde hace diez o quince años se discute en Alemania sobre una nueva categoría de delitos: los llamados “delitos de tenencia”. Se trata de hechos punibles en los cuales se convierte en delito la mera posesión de determinados objetos. En la literatura predomina la crítica a tipos de esta clase. De hecho no es fácil entender – por lo menos a primera vista – por qué la simple tenencia de una cosa, que como tal no perjudica a nadie, debe constituir un delito consumado. *Struensee* se ha esforzado, en el primer ensayo que se ocupa exclusivamente de los delitos de tenencia, en “despertar en la ciencia del derecho penal, y quizá también en el legislador, la consciencia de que los... denominados delitos de tenencia, son un traspié legislativo”.

Sin embargo, la expectativa de encontrar eco en el legislador no se ha cumplido. El derecho penal alemán contiene más de cien tipos penales de tenencia y su número aumenta constantemente. A ello contribuyen las pautas del derecho europeo y del derecho internacional. Los delitos de tenencia más conocidos son la tenencia no autorizada de armas, la tenencia no permitida de estupefacientes y la tenencia de pornografía infantil, siempre que “reproduzcan un suceso real o verosímil”. El tipo penal más reciente de esta clase es la tenencia de medios de *doping* “en cantidades no menores con fines de dopaje en el deporte, siempre que el *doping* pueda tener éxito en personas”. Este precepto es todavía un Proyecto de Ley del Gobierno Federal. Pero ya hay planes ulteriores. Un portavoz del Ministerio del Interior ha comunicado que en el futuro también la tenencia de instrucciones para construir bombas será punible.

Hay que reconocer que los tipos penales de tenencia no tienen que utilizar necesariamente la expresión “tener” o “poseer”. También conceptos como “portar” armas, almacenar, guardar o conservar en custodia designan la tenencia en el sentido de detentar algo. En la legislación reciente hay ejemplos como “tener un perro peligroso” y conservar un programa de ordenador para preparar una estafa informática.

La crítica a tales tipos penales de tenencia se basa en dos clases de argumentos. En primer lugar, se pone el acento en que el derecho penal sólo puede incriminar comportamientos humanos (en el sentido de hacer o de omitir), no puede, en cambio, incriminar un mero estado como la posesión o tenencia. Y en segundo lugar, se critica que los tipos penales de tenencia estarían aplicando la pena de la consumación, contraviniendo los principios del Estado de derecho, a estados que, en todo caso, podrían ser entendidos como estadios preparatorios previos, con lo cual los perjuicios, de cuya evitación se trata, constituirían, frecuentemente, sólo meras autopuestas en peligro. Estas dos cuestiones deben ser tratadas en lo que sigue.

II. (segundo) El problema de la posibilidad estructural de los delitos de tenencia en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional

Lagodny ha sido el primero que, en razón de su estructura, ha pretendido la invalidez de los delitos de tenencia como objeto de los preceptos penales. “Toda intervención penal presupone un comportamiento humano, ya sea como un hacer positivo o como una omisión... La mera tenencia no representa de ningún modo un hacer activo... Sólo entraría en consideración la omisión... Y dado que los delitos de tenencia no pueden ser interpretados como delitos de omisión, son inconstitucionales”. Él ilustra esto con el ejemplo del derecho penal de drogas. En su opinión la tenencia no es un hacer activo, por ejemplo en el sentido de una facilitación de la tenencia, porque esto por sí mismo ya es punible. Pero tampoco sería una omisión (no abandonar la tenencia), porque no está regulado en qué forma debe ser practicado ese abandono de lo que se tiene, “por ejemplo si debe ser por medio de su entrega a la autoridad competente, simplemente desechándolo o mediante su destrucción”.

Como conclusión él sostiene “que todos los delitos que penalizan una simple tenencia son inconstitucionales porque al ser meros delitos de relaciones con cosas, que no presuponen comportamiento alguno, son inadecuados para cumplir propósitos penales. Esto rige con independencia del peligro abstracto que surja de cada objeto”.

A la misma solución llega *Struensee*, quien no parte de la cuestión de la adecuación constitucional y, sin embargo, excluye igualmente la posibilidad de una tenencia punible. “Actuar es realizar, omitir no realizar... movimientos corporales voluntarios... Conducta es una expresión que abarca ambas formas de comportamiento... *tertium non datur*”.

Es cierto que él considera el mantenimiento de la tenencia y la utilización como comportamientos activos. No obstante, el mantenerse en la tenencia “presupone ya un tener” y posibilita “solamente un tener ulterior”. Tampoco el ejercicio de la tenencia (por ejemplo por su empleo, utilización o consumo) sería una tenencia, porque también el uso presupone “la posibilidad de una tenencia sin ejercicio”. Mucho menos todavía se podría considerar la tenencia como una omisión. Entender el ejercicio del poder de hecho sobre una cosa como el no abandonar ese poder de hecho es absurdo y, por supuesto, también excede del sentido literal de ese término.

En cualquier caso resulta llamativo el hecho de que ninguno de estos dos autores tiene en cuenta la circunstancia de que el Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht*] ya se había ocupado antes que ellos del problema y había declarado admisibles los delitos de tenencia (con motivo de la tenencia no permitida de hachís). Objeto de la decisión fue un recurso de amparo constitucional en el que se había sostenido que “la mera tenencia de estupefacientes no representa una acción en sentido jurídico penal y, por tanto, no puede ser amenazada penalmente como hecho en el sentido del artículo 103 (*ciento tres*), inciso segundo, de la Ley Fundamental”. Dicha disposición constitucional señala que “un hecho” sólo puede ser penado “si su punibilidad estaba establecida legalmente antes de que el hecho fuera cometido”. Quienes se oponen a los delitos de tenencia argumentan en esta línea que un “hecho” sólo puede consistir en una “acción” u “omisión”. Sin embargo, la tenencia no sería ni una acción ni una omisión, sino un simple estado.

En opinión del Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, del concepto de hecho utilizado por el artículo 103 (*ciento tres*), inciso segundo, de la Ley Fundamental, “no se deduce que el comportamiento punible tenga que corresponder a un determinado concepto de acción jurídico penal... En el plano del derecho penal, no puede extraerse directamente de la ley que el concepto de acción jurídico penal exija un movimiento corporal causado por un acto voluntario y que, en consecuencia, la tenencia pueda ser considerada como un “estado vacío de acción”. Se trata, más bien, de una determinada elaboración dogmática que además es discutida desde hace mucho en la teoría del derecho penal y a la cual le son enfrentados en la dogmática jurídico penal otros conceptos de acción diferentes... Nada induce a creer que el constituyente, con la formulación del artículo 103 (*ciento tres*), inciso segundo, de la Ley Fundamental, se haya ceñido a un concepto de acción jurídico penal tan controvertido...” No hay obstáculo, por tanto, para que el legislador pueda “amenazar con pena también en base a fundamentos no vinculados con un movimiento corporal o castigar el mantenimiento de un estado prohibido..., como, por

ejemplo, la tenencia indebida o el almacenamiento de objetos peligrosos". A esta resolución le falta sin embargo una declaración acerca de qué elementos deben darse para que a alguien le pueda ser imputado un proceso o estado como "hecho" o como "acción".

III. (tercero) La tenencia (la detentación del poder de hecho) como una manifestación de la personalidad suficiente para el concepto jurídico penal de comportamiento

Con independencia de la cuestión todavía pendiente acerca de la legitimidad político criminal de los delitos de tenencia deberá aceptarse que éstos son posibles desde el punto de vista constitucional y desde el punto de vista del derecho penal. Ante todo, no cabe afirmar que sólo pueden ser punibles la acción o la omisión en el sentido de un determinado movimiento corporal realizado o no realizado.

El Tribunal Constitucional Federal ha señalado ya con razón que una amplia gama de conceptos distintos de acción jurídico penal compiten por su reconocimiento. Así yo mismo he desarrollado un concepto de acción según el cual la "acción" debe ser entendida como "manifestación de la personalidad". Acción es, entonces, "todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción". *Schroeder* lo menciona, pero opina que ni ésta ni otras "ampliaciones del concepto de acción estarían en situación de abarcar a la tenencia como 'estado' de dominio". Sin embargo, esto es erróneo. Que la detentación voluntaria del dominio de hecho sobre una cosa es una manifestación de la personalidad del tenedor es algo que no puede ser fácilmente discutido. Si alguien tiene muchos libros o cuadros allí reside una manifestación característica de su personalidad. Y la situación no es diferente si posee armas, explosivos, drogas o pornografía infantil.

Junto a la comprensión de la acción y la omisión como realización o no realización de un movimiento corporal aparece pues también la detentación y ejercicio del dominio sobre la cosa como forma independiente de la acción en el sentido de una manifestación de la personalidad. Recientemente *Sinn* ha intentado desarrollar una "teoría del delito combinada con un teoría del poder", según la cual todas las formas de aparición del comportamiento punible deben ser caracterizadas como abusos de poder. Esto permitiría ir demasiado lejos. Sin embargo, una forma de presentación de un comportamiento posiblemente punible puede ser, con seguridad, el detentar un poder de poner en peligro bienes jurídicos, configurado como la tenencia de determinados objetos.

El dominio encarnado en la tenencia se expresa por regla general en la realización o no realización de determinadas actividades. El tenedor, en tanto que la tenencia sea jurídico penalmente relevante, no sólo conservará, cuidará y utilizará la cosa. También omitirá desecharla o destruirla. Pero éstos son únicamente momentos parciales del ejercicio de la tenencia como una manifestación autónoma de la personalidad que no se reduce a realizar o no realizar determinados movimientos corporales.

También existen, por lo demás, otras formas de aparición del comportamiento delictivo que no pueden ser atribuidas a movimientos corporales realizados u omitidos. A ese grupo pertenecen, por ejemplo, los delitos de estatus, como la pertenencia a una asociación criminal o terrorista, pero también el “estar listo” a la espera de la indicación para cometer una acción de sabotaje, el mantenimiento de relaciones peligrosas para la paz o el proxenetismo. Una comprensión de la acción como manifestación de la personalidad abarca sin esfuerzo estas y otras formas de aparición de comportamientos punibles (y también no punibles) y es apta, por ello, como concepto básico para todo lo que puede ser jurídico penalmente relevante.

La posibilidad constructiva de los delitos de tenencia se puede fundamentar mejor de esta manera que por medio de su conexión con una omisión.

Es cierto que algunos delitos de tenencia tienen un momento omisivo, en tanto en cuanto el tenedor omite entregar, destruir o informar sobre un objeto que ha llegado a su ámbito de dominio de buena fe o sin su intervención. Pero, en primer lugar, tenencia en sentido de dominio fáctico es algo distinto y algo más que la mera ausencia de abandono de la relación de tenencia. Y, en segundo lugar, ese momento omisivo falta también en el caso principal del ingreso activo de objetos prohibidos a la propia tenencia. Pues aquí la punibilidad de la tenencia ya está fundada antes de que exista posibilidad alguna de desprenderse de la cosa.

IV. (cuarto) Valoración político criminal de los delitos de tenencia

Mi conclusión intermedia es, entonces, que la admisibilidad de los delitos de tenencia no fracasa por su imposibilidad constructiva ni, mucho menos, por su inconstitucionalidad. Una cuestión completamente distinta es si tales delitos son político criminalmente legítimos o si sería preferible que quedaran impunes ya que no lesionan ni ponen en peligro inmediatamente bienes jurídicos.

No se puede dar una respuesta válida en general a esta cuestión. Antes bien, debería ser analizado en especial cada caso, con lo cual se mostraría que no todos los delitos de tenencia merecen la misma valoración. Sin embargo, esto supera los límites de una conferencia, pues cada tipo penal a investigar requeriría un artículo propio. En lugar de ello, he seleccionado a modo de ejemplo cuatro de los más importantes y más actuales tipos penales de tenencia y pasaré a continuación a valorar cada uno de ellos en función de sus particularidades: la tenencia de armas (uno), la tenencia de drogas (dos), la tenencia de pornografía infantil (tres) y la tenencia de medios de dopaje (cuatro).

1. (uno) La tenencia de armas

Según los párrafos cincuenta y uno, y cincuenta y dos de la Ley de Armas en Alemania es punible la tenencia de armas.

Está claro que estas armas sólo se vuelven peligrosas por su uso. Su tenencia, entonces, puede ser vista a lo sumo como preparación de un delito de homicidio o de lesiones físicas. Y ni siquiera podríamos concebirlo como tal si el tenedor había adquirido originariamente el arma sin un propósito delictivo, sino, por ejemplo, para realizar actividades deportivas, para defenderse frente a eventuales agresiones o para hacer posible en cualquier momento un suicidio quizás alguna vez deseado, o bien si el arma ha llegado a su poder sin su intervención (por ejemplo por una herencia). Tampoco la posibilidad de un abuso doloso o no doloso por parte de un tercero (como personas que comparten la vivienda y que se apoderan del arma y ocasionan una desgracia) puede ser vista como una preparación delictiva por parte del tenedor.

Así pues, la punibilidad de la tenencia de armas difícilmente podría fundamentarse con los criterios citados orientados a los estadios de realización del delito. *Pastor Muñoz* considera entonces, en el marco de su análisis de los delitos de tenencia, que la punibilidad de la tenencia de armas sólo puede ser fundada si la tenencia, en sí misma inofensiva, “es acompañada de un plan delictivo inequívoco”. Si esto falta, como sería el caso si “existe únicamente una suposición de peligrosidad”, la penalización sería ilegítima incluso aunque el tenedor tenga secretamente intenciones criminales. “Pues aquí sólo es posible y no seguro que el tenedor planee cometer un hecho punible. Penar este comportamiento sería expresión de un derecho penal de sospecha”.

No obstante, la punibilidad de la tenencia no autorizada de armas de fuego, con independencia de la finalidad original a la que estuvieran destinadas, se puede justificar y,

además, por dos motivos. El primer motivo consiste en que dicha punibilidad sirve a la protección de la integridad física y de la vida y, con ello, a la conservación de los bienes jurídicos más preciados, cuya seguridad no puede ser alcanzada en la misma medida por medios menos agresivos. Tal y como, con razón, ha puesto de manifiesto *Nestler*, las armas de fuego, “de acuerdo con la lógica de la Ley de Armas, no son sólo instrumentos de los delincuentes, son también ‘prototipos de la comisión de delitos’ en las manos del ciudadano común que ha caído en una situación conflictiva, que quiere defenderse o que simplemente se comporta con sus armas de manera descuidada.”

Lo peligroso que es para la vida un derecho de armas liberal lo demuestra el ejemplo de los Estados Unidos, donde, por motivos históricos surgidos de la “época de los pioneros”, las armas son asequibles casi con entera libertad, y donde una Enmienda de la Constitución concede a cada americano el derecho de portar armas para su autodefensa. Allí mueren sólo en un año casi tres mil niños y jóvenes a causa de las armas de fuego. Como media resultan muertos allí por armas de fuego treinta personas por día. *Nestler* ha calculado que por esta causa han muerto en tres años más americanos que en toda la guerra de Vietnam.

Por esta razón, el principio que está en la base del derecho de armas alemán, que reza “tan pocas armas en la población como sea posible”, es un medio absolutamente adecuado para la protección de la vida y de la integridad corporal. Que esta protección pudiera ser alcanzada con medios menos agresivos —por ejemplo: “confiscación y aplicación de una multa”— es improbable porque reduciría en gran medida el “efecto tabú”. También se puede pensar que al legislador se le otorga, en vista del principio de subsidiariedad, la disposición de un amplio ámbito de apreciación.

Se puede añadir un segundo argumento: si no fuera punible tener armas peligrosas o incluso si cualquiera tuviera libre acceso a ellas y pudiera mostrarse con ellas en público, ello menoscabaría sensiblemente la sensación de seguridad de los ciudadanos. Pero el aseguramiento de una convivencia libre de miedos entre sus ciudadanos es una tarea central del estado y debería poder ser realizada también con los medios del derecho penal, cuando se trata de peligros para la integridad física y para la vida.

De todo esto resulta que en la punibilidad de la tenencia de armas no se trata en absoluto tan claramente de un adelantamiento de la punibilidad en el sentido de una penalización de los planes delictivos. Antes bien, se amenaza con una pena la apertura de una fuente de peligro que puede traer con ella muy diversos riesgos para la vida. Esto es legí-

timo porque son considerados suficientemente, por medio de “tipos especiales de permiso para determinados grupos de personas”, los contraintereses fundados en valores reconocidos.

2. (dos) La tenencia de drogas

Las cosas son totalmente distintas en materia de tenencia de drogas, cuya punibilidad está regulada de un modo análogo al de la tenencia de armas. El fundamento de la punibilidad no puede ser el propio consumo, que en modo alguno es punible, sino únicamente el peligro de suministro a otros que podrían resultar dañados por el consumo.

Pero, en primer lugar, el suministro ya constituye de por sí delito. En segundo lugar, el consumo de drogas blandas, que es el que en la práctica está en primer plano, no es más perjudicial que el disfrute del alcohol o del tabaco y, por consiguiente, no puede ser comparado con la utilización de armas mortales. En tercer lugar, el suministro tampoco significa todavía el consumo por parte del receptor, sino sólo el paso previo, con lo cual la tenencia, si apunta al suministro, sólo puede ser entendida, a lo sumo, como la preparación de una preparación. En cuarto lugar, también en relación al receptor se trata, en la medida en que se pueda hablar de una puesta en peligro, sólo de una autopuesta en peligro bajo su propia responsabilidad, impune por la aplicación de los principios generales de la imputación objetiva. En quinto y último lugar, si la tenencia está dirigida al propio consumo, tampoco desde el punto de vista del legislador existe motivo alguno para imponer una pena, de modo que, entonces, la amenaza penal no tiene objeto.

El trasfondo de la penalización de la tenencia de droga es quizá la idea de que de esa manera se puede luchar contra la criminalidad organizada que domina el mercado internacional de las drogas. Pero para ello no resulta adecuado, desde el punto de vista de la eficiencia, criminalizar en Alemania a unos tres o cuatro millones de consumidores ocasionales de productos derivados del *cannabis* y tal penalización, a causa de su desproporción, tampoco puede ser considerada un medio legítimo en un Estado de derecho.

3. (tres) La tenencia de publicaciones de pornografía infantil

Según el derecho penal alemán es punible la tenencia de publicaciones de pornografía infantil. El precepto tuvo sus raíces, en parte, en una iniciativa propia del Parlamento [*Bundestag*] y, en parte, en una recomendación del Consejo de Europa, y está dirigido principalmente a impedir la producción de pornografía infantil a través de la exclusión o

de la reducción de su compra. Es cierto que la realización de fotografías pornográficas de niños es ya punible en el derecho penal alemán según otras disposiciones, pero en la mayoría de los casos no se puede llegar al productor dado que éste no puede ser identificado como persona individual a través de las ilustraciones. La idea es que los productores de pornografía infantil dependen de la demanda de los compradores y que la compra podría evitarse o al menos disminuir considerablemente por medio de una prohibición penal de la tenencia. Por ello, el tipo penal de la tenencia no puede conseguir una gran relevancia práctica, porque en Alemania es ya punible el procurarse pornografía infantil. Pero el precepto de la tenencia ahorra en todo caso prolongadas investigaciones acerca del modo de obtención y ayuda también cuando se desconoce si el tenedor de las publicaciones de pornografía infantil las ha producido por sí mismo o no.

En los comentarios de la ley el nuevo precepto de tenencia ha sido acogido con bastante desconcierto.

Sin embargo es posible todavía encontrar fundamentos defendibles para tal tipo penal de tenencia. Ante todo resulta claro que aquí, a diferencia de lo que sucede en el caso de la tenencia de drogas, no se trata de evitar la transmisión de los objetos poseídos, pues el posible receptor no sería perjudicado y el abuso grave de los niños ya ha tenido lugar.

Pero el delito puede ser entendido como “hecho de conexión” y, por cierto, como tipo delictivo autónomo que reúne elementos de la receptación y del encubrimiento, y que puede ser caracterizado como “fomento de la producción de pornografía infantil”. A diferencia de lo que sucede en el supuesto de la tenencia de drogas, donde la finalidad de acabar con el “mercado” es llevada incorrectamente a legitimar la punibilidad en este ámbito, aquí no se trata del vago punto de vista de una lucha contra difusas redes comerciales, sino de impedir casos concretos y gravísimos de abuso sexual de menores.

Para empezar con la similitud con la receptación: *Schroeder* parte de la tesis de que hoy se “reconoce que el fundamento de la punibilidad de la receptación se encuentra, en todo caso y sobre todo, en que ofrece un incentivo para la comisión de delitos contra el patrimonio”. De la misma manera, el deseo de tener pornografía infantil incentiva su producción.

Pero nuestro tipo penal contiene también elementos que lo asemejan al encubrimiento. Pues si el receptor y tenedor de las publicaciones, como suele ocurrir, se las procura

pagando, él le asegura al productor los beneficios de su hecho. Ciertamente se trata sólo de beneficios indirectos cuya subsunción bajo el tipo de encubrimiento es muy discutida. Pero en este contexto no es relevante porque no se exige un paralelismo exacto.

El “fomento de la producción de publicaciones de pornografía infantil”, que es abarcada por el tipo penal, puede incardinarse, entonces, en el ámbito de otros delitos hace tiempo reconocidos como la receptación y el encubrimiento. Este fomento tiene, por medio del incentivo y de la recompensa, también elementos similares a la inducción y a la complicidad, a pesar de que no se trata de una auténtica participación. El precepto, por tanto, no es ilegítimo, aunque, teniendo en cuenta que la obtención es ya de por sí punible, surjan dudas acerca de su necesidad.

En cualquier caso, el tipo penal se debería interpretar estrictamente de tal modo que permanezca impune la tenencia de publicaciones de pornografía infantil recibidas sin haberlas solicitado o adquiridas de buena fe. Pues aquí falta la creación del incentivo y la obtención de beneficios indirectos del delito.

4. (cuatro) La tenencia de medios de dopaje

Finalmente me referiré brevemente al nuevo tipo penal de tenencia de medios de dopaje que probablemente entre pronto en vigor, con ayuda del cual el legislador pretende combatir el *doping* en el deporte, que actualmente domina los titulares de los medios.

Ya desde 1998 (*mil novecientos noventa y ocho*), según la Ley de Medicamentos alemana, está “prohibido poner en circulación, prescribir o aplicar a otros, medicamentos con finalidades de dopaje en el deporte”.

Esta punibilidad es ampliada ahora a través de la prohibición de “la tenencia, en cantidades no menores, de medicamentos que tengan por finalidad el *doping* deportivo, siempre que el dopaje pueda ser efectivo en personas”. De este modo se sanciona penalmente también a partir de ahora la simple tenencia de medios que sirvan para el *doping* deportivo.

Para empezar resulta dudoso que el derecho penal sea un medio adecuado para luchar contra el *doping*. Es cierto que el dopaje en deportes de primera línea (y no sólo en ellos) tiene una presencia amplísima. Tampoco su capacidad de perjudicar la salud y sus efectos distorsionadores para la competición pueden ser discutidos. Además, resulta evi-

dente que las asociaciones y comités deportivos no quieren o no pueden terminar con el problema. Pero resulta molesto imaginar que en el futuro la policía con sus perros sabuesos será un invitado permanente en los vestuarios, en los alojamientos de los equipos y directamente en los consultorios de los médicos de los equipos, como también podría serlo respecto de los entrenadores y otros miembros del cuerpo técnico.

Hay muchas razones para pensar que sería un medio más efectivo de lucha contra este fenómeno la realización de mayores y más estrictos controles anti-doping y una proscripción pública del dopaje que lleve expresamente a la retirada de subvenciones estatales y aportaciones de los *sponsors*, y a un boicot de las retransmisiones públicas de radio y televisión.

Pero si el legislador pretende impedir el dopaje con los medios del derecho penal, el tipo penal de la tenencia de cantidades no menores de medios de dopaje constituye un precepto más que problemático desde el punto de vista del Estado de derecho y también con pocas posibilidades de éxito. El legislador no se ha pronunciado claramente acerca de los fundamentos penales de su regulación. Ha dicho solamente que pretendería combatir efectivamente las “redes criminales” existentes en los casos de dopaje. “También los deportistas y las deportistas deben ser sometidos a la pena estatal si tienen en cantidades no menores sustancias de dopaje especialmente peligrosas, pues la tenencia es un indicio del suministro”.

El Gobierno Federal apeló además a su obligación frente “a los valores éticos y morales del deporte y la salud pública”. Sin embargo, de la circunstancia de que en su tipo penal de tenencia haya reproducido la correspondiente disposición del derecho de drogas, del hecho de que el autodopaje quede impune y de que sólo deba ser abarcado propiamente el suministro (pues la tenencia rige sólo como un indicio de éste), resulta que sólo se dirige a impedir un daño a la salud de los posteriores tenedores.

A esta clase de fundamentación son aplicables, sin embargo, todas las objeciones que ya fueron formuladas contra la punibilidad de la tenencia de drogas blandas. Si un segundo receptor entra en posesión de un medio de dopaje, el suministro por parte del primer tenedor será en todo caso un acto de preparación para su dopaje. La primera tenencia será entonces sólo la preparación de la preparación, cuya penalización sobrepasa ampliamente los límites de un derecho penal de acto.

Aquí se puede agregar también que el receptor se pone dolosamente en peligro por sí mismo a través de la utilización del medio de dopaje. La autopuesta en peligro dolosa, sin embargo, cae en el ámbito de responsabilidad del receptor y no se puede imputar al primer causante.

Si la penalización de la tenencia de medios de dopaje y el *doping* fueran realmente un medio coherente y necesario para la protección de la salud y pudiera prescindirse de dejar en el ámbito de la autorresponsabilidad el que alguien se dope o se deje de dopar, entonces no se podría limitar la punibilidad al deporte. La tenencia de medios de dopaje en cantidades no menores tendría que ser punible no sólo cuando tuviera “fines de dopaje deportivo”, sino en todos los casos. También músicos, escritores, intelectuales, personas que van a realizar exámenes, administradores de empresas y otras personas pueden querer doparse para mejorar su rendimiento y habría que impedirselo, para su propia protección, por medio del derecho penal. Desde el punto de vista de la protección de la salud no resulta evidente ningún argumento razonable para un trato desigual. Pero si se considera con razón que la intervención del derecho penal sería aquí desproporcionada, tendrían que existir en el caso del deporte razones adicionales para tal intervención.

El camino correcto para la lucha por medio del derecho penal contra los abusos del dopaje consistiría en crear un tipo penal de “estafa deportiva”. Quien interviene dopado en una competición engaña y perjudica con su comportamiento a los demás competidores, a los organizadores, a quienes otorgan subvenciones, a los sponsors, a numerosos medios de comunicación y a los espectadores. El perjuicio reside en que los medios empleados pierden su función social y en que a los demás competidores se les deja en una posición peor que si la competición fuera posible libre de *doping* para todos. No en todos los casos será aplicable el vigente tipo penal de estafa. Pero eso no importa, porque podría crearse un precepto penal específico que tuviera en cuenta las particularidades de tal tipo de engaño. Una discusión acerca de su tenor exacto excedería del marco de esta conferencia que está limitada a los delitos de tenencia. No obstante, el deportista dopado sería el autor de la estafa deportiva. Esto tendría, a la vez, la ventaja de que la prueba del delito podría realizarse mediante análisis de un modo relativamente fácil y seguro. Las personas que estén detrás podrían ser castigadas, como inductores, con la misma pena que el deportista dopado o ser consideradas eventualmente como cómplices. Para esto no se requiere convertir en delito la tenencia.

Punible sería entonces, desde luego, únicamente el *doping* en competiciones deportivas. Un dopaje que sirva sólo para desarrollar la musculatura o para mejorar el rendi-

miento en una excursión privada a la montaña quedaría impune para todos los que participan en él. Y ello sería correcto, pues estos casos en nada se diferencian de aquéllos en los que, fuera de una competición deportiva, se usan medios de dopaje con el fin de mejorar el rendimiento. Son formas de comportamiento de las que cada uno debe responder ante sí mismo.

V. (quinto) Conclusión

Con ello estoy al final de mi conferencia. Mi conclusión es que los delitos de tenencia no son en todo caso inadmisibles por motivos inherentes a la estructura del delito y que, sin embargo, desde el punto de vista político criminal sólo pueden ser legitimados en parte y, por cierto, de diferentes formas. Para ello necesitamos numerosos análisis individuales, algo en lo cual estamos aún en los comienzos. Un dialogo con la ciencia del derecho penal español, que se encuentra ante problemas similares, nos acercaría a soluciones comunes y reconocidas internacionalmente.

Agradezco a ustedes su atención.

BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Ediciones Legales, 2004.

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi SRL, 1999.

Baigún, David. Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Editorial B de f, 2007.

Bustos Ramírez, Juan. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Editorial Trotta, 2006.

Bustos Ramírez, Juan. Derecho Penal Parte General. Editorial Jurídica del Ecuador. Edición 2008.

Bustos, Juan. Control Social y otros cambios. Editorial Jurídica del Ecuador. Edición 2008.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición, 2003.

Carbonell, Juan. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Editorial Tirant lo Blanch, tercera edición, 1999.

Donna, Edgardo. Derecho Penal Parte Especial Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni,

Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003.

Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo 2. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Editorial Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, 1995.

Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana.

López-Rey, Manuel. ¿Qué es el delito?. Editorial Atlántida, 1947.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Editorial B de F, séptima edición, 2005.

Mir Puig Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Casa Editorial, S.A. – Urgel, 1982.

Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial B de F, segunda edición, 2001.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis, reimpresión de la segunda edición, 1999.

Muñoz, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Editorial B de f, segunda edición, 2001

Pabón, Pedro. Manual de Derecho Penal. Parte General-Parte Especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, sexta edición, 2003.

Reyes Echandía, Alfonso. Culpabilidad. Editorial Temis, tercera reimpresión de la tercera edición, 1999.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Editorial Civitas, 1997.

Roxin, Claus. Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal. Instituto editorial REUS S.A., 1981.

Struensee, Eberhard. Problemas Capiales del Derecho Penal Moderno. Editorial Hammurabi S.R.L., 1998.

Vinueza Noboa, Lénin. Manual de Tiro. Quito, Inkprima 2000.

Von Liszt, Franz. La idea de fin en el Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Reimpresión 1994.

Zaffaroni, Eugenio. En busca de las penas perdidas. Editorial EDIAR, segunda reimpresión, 1998.

REVISTAS

Atilio Falcone, Roberto. “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro” Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III. Buenos Aires, 2008.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. “Pornografía infantil en la red: Fundamento y límites de la intervención del derecho penal”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro III. Buenos Aires, 2008.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. “Tenencia y consumo de drogas: Los límites de las prohibiciones en el Derecho Español”. Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales I. Buenos Aires, 2001.

Castro, Julio César. “Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II. Buenos Aires, 2008.

Cordero Heredia, David. “La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009.

González, María Mercedes. La Peligrosidad en la Tenencia de Estupefacientes para consumo personal. Bien Jurídico ¿Tutelado?. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II. Buenos Aires, 2008.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. “Venta de cantidades mínimas de droga: Insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”. Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro I. Buenos Aires, 2007.

Sacoto de Merlyn, Pilar. “La Política Criminal en el Ecuador: Ideas y Reflexiones”. Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento. Quito, 1995.

Styma, Dirk. “Culpa consciente y dolo eventual. El elemento volitivo del dolo. Sobre la vigilancia de animales peligrosos”. Revista de Derecho Penal. Delitos Culposos I. Buenos Aires, 2002.

Valle, Alex. “Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009.

Zaffaroni, Eugenio. “La Legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario”. Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, 2009.

SEMINARIO.

Roxin, Claus. Los delitos de tenencia. Texto del seminario dictado en Sevilla. Marzo de 2008.

JURISPRUDENCIA

Delitos por tenencia de armas y asociación ilícita. Serie 17. Gaceta Judicial 12 de 20 de noviembre de 2002.

Delito por tenencia de droga. Serie 17. Gaceta Judicial 7 de 26 de febrero de 2002.

Tenencia de sustancias estupefacientes. Serie 18. Gaceta Judicial 7 de 16 de marzo de 2009.

INTERNET

Véase Asamblea Nacional Constituyente, Indulto a personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Montecristi, 4 julio 2008. Internet http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BdG9Lp14QMJ:www.pudeleco.com/weblegal/2008/julio/378s0080710.doc+Indulto+a+personas+que+transportan+peque%C3%B1as+cantida-des+de&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEESjgAddNFjREg2dv6M_6tP2zWQFzxP9YWF1Kb1kY_uJjDXKdGYKPONsQO_WsVKaFaYkqKWQ8yISM1RJ1KZD6Jn80PmlFBjKU-TyTg9kSP3pdh4IREl5ceR8Y2Rt0_nRj_4rbB8rD&sig=AHIEtbStaVXXc0ysj0HrxOJvB46jPB25xw&pli=1. Acceso 30 de julio de 2011.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Fabián Ramiro Olivo Palma, con cédula de ciudadanía 0503076143, autor del trabajo de graduación intitulado **LOS DELITOS DE TENENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 5 de noviembre de 2012



Ramiro Olivo Palma

0503076143

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y CEXULACION

CECULA DE CIUDADANIA No. 050307614-3

OLIVO PALMA FABIAN RAMIRO
COTOPAXI/LATACUNGA/LA MATRIZ
28 DICIEMBRE 1985
REG. CIVIL 002 0121 00221 M
COTOPAXI/LATACUNGA
LA MATRIZ 1986

[Signature]

SEAL DEL CEXULADO



ECUATORIANA***** E333313222

SOLTERO

SECUNDARIA ESTUDIANTE

FABIAN RAMIRO OLIVO
MARIA ELIZABETH PALMA
LATACUNGA DE LA MADRE 22/07/2004
22/07/2016
FECHA DE CEXULACION
FORMA No. REN 0115534
Cip

[Signature]

